

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

JURISDIÇÃO
Pernambuco - Alagoas - Ceará
Paraíba - Rio Grande do Norte e Sergipe

Número 67 - Janeiro/Março - 2007

R. TRF 5ª Região, nº 67, p. 1 - 306, Janeiro/Março - 2007

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO**

Repositório de jurisprudência credenciado pelo Superior Tribunal de
Justiça (STJ), sob o nº 53
(Portaria nº 02/2002, *DJ* de 02/05/2002, pág. 403).

Administração

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Cais do Apolo, s/nº - Bairro do Recife
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco**

GABINETE DA REVISTA:

Diretor
DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados
MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Apoio Técnico e Diagramação
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br
Correio eletrônico: revista.dir@trf5.gov.br

IOB Thomson
IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
Síntese Publicações
Gilberto Fischel - Presidente
Elton José Donato - Diretor
Maria Liliana de Cássia V. Polido - Gerente Editorial de Prod. Jurídicos
Alice Maria Borghi Marcondes Sampaio - Gerente de Conteúdo Editorial

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
Rua Antonio Nagib Ibrahim, 350 - Água Branca
05036-060 - São Paulo - SP

Vendas e assinaturas: Fone: 0800-7072244
Assinaturas: Fone: (11) 2188-7478
www.iob.com.br

Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região v.1 (1989)
Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1989

Trimestral

A partir do v. 4, n. 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.
ISSN 0103-4758

1. Direito - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00

Diretor da Revista

Desembargador Federal
NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI
Vice-Presidente: Desembargador Federal PAULO ROBERTO O. LIMA
Corregedor: Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal FRANCISCO WILDO - Presidente
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA
Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO - Presidente
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal GERALDO APOLIANO - Presidente
Desembargador Federal RIDALVO COSTA
Desembargador Federal PAULO GADELHA

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal MARCELO NAVARRO - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal MARGARIDA CANTARELLI

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------|-----|
| I - Jurisprudência | 13 |
| II - Índice Sistemático | 297 |
| III - Índice Analítico | 301 |

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 60.594-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Agravante: INDÚSTRIA DE TORREFAÇÃO E MOAGEM CAFÉ MARATÁ LTDA.
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. ARNALDO RODRIGUES DA SILVA NETO E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL NÃO RECONHECIDA. PRAZO PRESCRICIONAL IDÊNTICO AOS DA AÇÃO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 5 (CINCO) ANOS ADICIONADO DE 5 (CINCO) ANOS. PRODUTO DESONERADO DO TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO E, VIA DE CONSEQÜÊNCIA, DE COMPENSAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

- Prescrição qüinqüenal não reconhecida. Prazo prescricional idêntico aos da ação de restituição. Contagem do prazo de 5 (cinco) anos acrescido de 5 (cinco) da homologação do tributo.

- Como a impetração da segurança, em sede da qual foi proferida a decisão fustigada, data de 19.01.2005 (fl. 31) e os pretensos créditos mais antigos datam de 1994 (fl. 134), segue que só estão atingidos pela prescrição os créditos anteriores a janeiro de 1995.

- Vedação do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar nº 104/2001, à compensação, mediante aproveitamento de tributo objeto de demanda judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

- Ausente a tributação, pelo IPI, na saída do produto, não há que se cogitar de créditos presumi-

dos, o que inviabiliza a compensação.
- Agravo de instrumento ao qual se nega provi-
mento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Recife, 5 de setembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Indústria de Torrefação e Moagem Café Maratá Ltda., devidamente qualificada, interpõe agravo de instrumento, em face da União (Fazenda Nacional), contra a decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz Federal em exercício na 3ª Vara em Sergipe, que indeferiu a liminar que postulara no Mandado de Segurança nº 2005.85.00.000131-6.

Postula a reforma da r. decisão, para que seja deferida a medida liminar requerida, assegurando-lhe alegado direito líquido e certo de manter e utilizar pretensos créditos de imposto sobre produtos industrializados - IPI, que seriam decorrentes de aquisições tributadas ou desoneradas (imunes, isentas, sujeitas à alíquota zero ou não tributadas), nos últimos 10 (dez) anos, de insumos, matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, utilizados ou consumidos no processo produtivo, com débitos próprios ou de terceiros relativos a quaisquer tributos administrados pela Receita Federal, com correção monetária pela UFIR, até dezembro de 1995, e pela SELIC, a partir de janeiro de 1996, abstenendo-se a agravada de adotar quaisquer sanções em virtude do aproveitamento dos referidos créditos.

Aduz, em apertada síntese, que o princípio constitucional da não cumulatividade ampara a sua pretensão de creditar-se de IPI pela aquisição de insumos não onerados pelo referido tributo; que não se aplica ao caso a Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça; que há 2 (duas) modalidades de compensação; que o artigo 170-A do Código Tributário Nacional também não se aplica à hipótese; e, por fim, que há *periculum in mora* se deixar de efetuar a compensação.

Em suas contra-razões, pugna a União (Fazenda Nacional) que seja negado seguimento ao recurso, por sua manifesta inadmissibilidade, ou que se lhe negue provimento, para manter a r. decisão. Sustenta a inadmissibilidade do recurso, considerando a utilização do mandado de segurança como ação de cobrança e a impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da ação. Quanto ao mérito, alega que eventuais créditos da agravante foram alcançados pela prescrição quinquenal; que o artigo 170-A do Código Tributário Nacional se aplica à hipótese; que é inconstitucional o aproveitamento do IPI na entrada de insumos não tributados, tributados sob a alíquota zero ou isentos, utilizados na produção de bem não sujeito à incidência do referido tributo, qual o caso do café; que há recente alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria no julgamento do RE 353.657; que a agravante inclui itens que não são considerados insumos; que a cessão de débitos para terceiros não é permitida (artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002); que não há previsão legal de correção monetária de créditos escriturais e, por fim, que não incidem juros de mora antes do trânsito em julgado da decisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Não é o caso de se negar seguimento ao recurso a pretexto de que o mandado de segurança estaria sendo utilizado como meio de cobrança, em face de inúmeros precedentes do STJ no sentido de que a via eleita se presta para reconhecer, ou não, alegado direito à compensação de tributos.

Quanto à prescrição, entendo que se aplicam aos incentivos fiscais as mesmas disposições concernentes à restituição de tributo pago indevidamente.

A prescrição da ação de restituição ocorre, *ex vi legis*, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário, na hipótese de pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido (CTN, artigo 168).

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, tal prazo começa a fluir da homologação, cujo prazo, quando a lei não o fixa expressamente, é de 5 (cinco) anos, contado do fato gerador.

Logo, a prescrição ocorre após o decurso do prazo decadencial do lançamento (parágrafo 4º do artigo 150 do CTN), ou seja, cinco anos acrescidos de mais cinco.

Ora, como em tese, a compensação do aventado crédito decorrente de IPI equivaleria a um pagamento, a Fazenda Pública pode homologá-lo, ou não, no prazo de 5 (cinco) anos.

Assim, tem o contribuinte o prazo de 10 (dez) anos para se ressarcir do alegado crédito.

No caso, como a impetração da segurança, em sede da qual foi proferida a decisão fustigada, data de 19.01.2005 (fl. 31) e os pretensos créditos mais antigos datam de 1994 (fl. 134), segue que só estão atingidos pela prescrição os créditos anteriores a janeiro de 1995.

Todavia, a pretensão recursal não merece guarida.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que o imposto sobre produtos industrializados “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores” (inciso II do parágrafo 3º do artigo 153).

A sua vez, integrando o dispositivo constitucional, prevê o Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 49. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente

te aos produtos nele entrados.

Parágrafo único. O saldo verificado, em determinado período, em favor do contribuinte, transfere-se para o período ou períodos seguintes.

Neste sentido, a não-cumulatividade do IPI é traduzida na operação de abatimento no imposto devido em determinada operação, relativa ao produto final (industrializado), do montante cobrado nas operações anteriores, obviamente envolvidas no respectivo procedimento de industrialização, a fim de ser evitada a superposição do tributo, mediante a sistemática, não de produto por produto, nos estritos termos da Constituição Federal, mas a escritural de débito/crédito, como dispõe o Decreto nº 2.637, de 25/06/1998, que regulamenta a cobrança do IPI (RIPI), em face do delinearmento esboçado pelo CTN:

Art. 146. A não-cumulatividade do imposto é efetivada pelo sistema de crédito, atribuído ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, num mesmo período, conforme estabelecido neste Capítulo (Lei nº 5.172, de 1966 art. 49).

Art. 178. Os créditos do imposto escriturados pelos estabelecimentos industriais, ou equiparados a industrial, serão utilizados mediante dedução do imposto devido pelas saídas de produtos dos mesmos estabelecimentos (Constituição, art. 153, § 3º, inciso II, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 49).

Na esteira desse entendimento, doutrina Sacha Calmon Navarro Coelho:

O imposto pago em operações anteriores é crédito do contribuinte adquirente, que o abaterá no momento de calcular o montante do IPI a pagar (não-cumulatividade). Como, de regra, os produtos industrializados congregam diversas matérias-primas, além de outros produtos já industrializados (*inputs*). A não-cumulatividade caracteriza-se como técnica de deduzir do imposto devido pelo produto acabado (*o output*) o imposto incidente sobre os *inputs*, arcado pelo industrial quando da aquisição dos mesmos (*sic*).

(...)

Quando enuncia o princípio da não-cumulatividade do IPI e do ICMS, no art. 153, § 3º, II (IPI), e no art. 155, § 2º, I

(ICMS), o constituinte dispõe que ditos impostos serão não-cumulativos, “abatendo-se em cada operação o montante cobrado nas anteriores”. Nada mais inverídico. Tanto o ICMS quanto o IPI foram estruturados não para a prática da não-cumulatividade *por produto* (em cada operação), mas por *períodos de tempo*, freqüentemente 30 dias. Assim sendo, durante o mês os contribuintes contabilizam “entradas” e “saídas”.

As entradas geram “créditos”, as saídas geram “débitos”. Abatendo-se dos débitos os créditos, alcança-se, ao fim do período, o *imposto devido*. Se houver mais créditos que débitos, *não há imposto a pagar, senão crédito* a transferir para o mês seguinte. Ora, assim sendo, tanto o IPI como o ICMS são *impostos periódicos* (como o IR), e a não-cumulatividade é por operações em dado período e não por produto [...].¹

Assim, resta claro que o princípio da não-cumulatividade do IPI é preservado pela sistemática de débito/crédito e que só geram direitos a créditos do IPI, até por óbvio, aquisições sujeitas ao pagamento do mencionado tributo.

Os produtos naturais, os obtidos por procedimento que a legislação exclui do conceito de industrialização e os imunes, não sofrendo a tributação pelo IPI, não geram direito a crédito. Com efeito, outra não deve ser a ilação por que se não ocorre tributação qual o valor que deve ser utilizado para ser escriturado como crédito?

O registro de crédito de valores como se ocorresse a tributação, em tais hipóteses, viola não só o princípio da não-cumulatividade, por presumir a existência de créditos, quando a Constituição faz pressupor o pagamento, como o princípio da legalidade, além de propiciar o enriquecimento ilícito do respectivo contribuinte.

Mutatis mutandis, idêntico raciocínio respalda o entendimento de que produtos isentos e sujeitos à alíquota zero não geram cré-

¹ Curso de Direito Tributário brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 309-310.

dito, simplesmente porque em tais hipóteses também não há pagamento de IPI.

Há muito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que ao se negar direito ao crédito do IPI em produtos sujeitos à alíquota zero, não se contrariava o princípio da não-cumulatividade do referido tributo, nem se negava vigência ao artigo 49 do CTN. A propósito, note-se:

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. ALÍQUOTA ZERO. CREDITAMENTO.

Ao negar o direito ao crédito do IPI, incidente sobre embalagens destinadas ao acondicionamento de produto sujeito à alíquota zero no momento de saída do estabelecimento industrial, o acórdão recorrido não contrariou a regra constitucional da não-cumulatividade (art. 21, § 3º), nem tampouco negou a vigência do art. 49 do Código Tributário Nacional. Dissídio jurisprudencial não configurado. Recurso Extraordinário que não se conhece.²

Na esteira deste entendimento, reporto-me também a julgamento do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa transcrevo:

I - PROCESSUAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ACÓRDÃO OMISSO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. FALHA QUE NÃO PREJUDICOU A APRECIÇÃO DO MÉRITO EM RECURSO ESPECIAL. NULIDADE QUE NÃO SE PROCLAMA.

II - TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO. MATERIAL ADQUIRIDO COM ISENÇÃO.

I - Se a omissão do acórdão não impediu o conhecimento do mérito, em recurso especial, não há como declarar-lhe a nulidade, por ofensa ao art. 535 do CPC.

II - O creditamento fiscal é uma forma de compensação. Para que ocorra, fazem-se necessárias duas imposições fiscais. Se na aquisição de matéria-prima não houve pagamento de tributo, é impossível cogitar em compensação e – portanto – em creditamento.³

² Ementa de ac., un., do STF, no RE 109047/SP, Rel.: Min. Octávio Gallotti, pub. *DJU* 26-09-1986, p. 17721.

³ Ementa de ac., un., da Primeira Turma do STJ, aos 03/11/1997, no REsp 132501/RJ, Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros, pub. *DJU* de 09/02/1998, p. 00012.

Pode ocorrer, entretanto, que o produto final não seja tributado, porque imune, como, por exemplo, na hipótese de produtos industrializados destinados ao exterior (CF, artigo 153, parágrafo 3º, inciso III), mas, na cadeia de sua produção, haja matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem sujeitos ao questionado imposto.

Nesta situação, não há que se cogitar de creditamento, a rigor, para posterior utilização, a fim de preservar o princípio da não-cumulatividade do IPI, porque, não estando o produto final (industrializado) sujeito ao aludido tributo, o contribuinte não fica onerado pela tributação ao final, razão pela qual também não ocorre superposição de tributos.

No que pese não haver possibilidade de violação ao princípio da não-cumulatividade, em hipóteses nas quais não ocorre tributação do produto industrializado final, nada obsta que o Direito reconheça a possibilidade de crédito, para efeito de ulterior restituição, seja direta ou pela via indireta da compensação, pelo IPI incidente sobre matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem adquiridos no curso da respectiva industrialização do produto final.

Pode ocorrer também de o legislador presumir crédito em situações nas quais não há pagamento, como no caso de isenções ou tributos sujeitos à alíquota zero.

Contudo, tais hipóteses decorrem de política fiscal, a título de isenção, estímulos/incentivos fiscais, não da homenagem ao princípio da não-cumulatividade do IPI, portanto, a teor do disposto no parágrafo 6º do artigo 150 da Constituição Federal, dependem de lei específica, de cujos termos também não deve fugir o aplicador do Direito e, no caso, não existe lei a respaldar a pretensão da agravante.

Neste sentido, não há que se cogitar de créditos e, portanto, de compensação.

De outra banda, a pretendida distinção do instituto da compensação em duas espécies não se compadece com o sistema de direito positivo brasileiro.

A compensação é modalidade de extinção do crédito tributário (CTN, artigo 156, II), mas só se compensam dívidas líquidas e exigíveis, como o prevê o artigo 369 do Código Civil.

Com efeito, são condições para que se compensem créditos tributários a liquidez e a certeza, à luz do Código Tributário Nacional (artigo 170).

Saliente-se, ademais, que a compensação, mesmo quando admitida, não é automática. Incumbe ao Fisco a verificação dos alegados créditos e a realização do eventual encontro de contas, como de resto se infere dos termos do artigo 170 do Código Tributário Nacional.

Não é de se olvidar também que o artigo 170-A do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar nº 104/2001, veda a compensação, mediante aproveitamento de tributo objeto de demanda judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

É que, potestativamente, como é sabido, fica ao líbido do contribuinte exercer o direito de autocompensar-se do indébito tributário ou por incentivos fiscais, por sua conta e risco, ou em termos jurídicos, sob condição resolutória, tanto como é dado ao Fisco fazer a compensação, de ofício, quando tiver de restituir valor de tributo indevidamente antecipado, nos precisos termos dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação da Lei nº 10.637/2002.

Ante tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 64.497-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Agravante: CÍCERO ANTÔNIO DE M. SOBREIRA
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. CÍCERO ANTÔNIO DE MENEZES SOBREIRA (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO DE AÇÃO DE IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ESPECIALIDADE DO SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 25, INCISO II, DA LEI Nº 8.666/93. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO AGRAVANTE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PRECEDENTES DESTA CORTE REGIONAL.

- É cabível a dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização quando se tratar de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor da confiança, um grau de subjetividade insusceptível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo licitatório.

- In casu, os serviços contratados não se diferenciariam, conforme os fatos narrados pelo MPF na exordial da ação de improbidade, daqueles objeto de contratos já existentes no Banco, nos quais os contratados não contam com o adiantamento de honorários, atuando pela simples sucumbência.

- A participação do agravante nos fatos descritos pelo MPF será obviamente elucidada na instrução da ação originária, havendo, entretanto, indícios da prática de conduta ilícita, desde que

na qualidade de sócio majoritário do aludido escritório de advocacia teria se beneficiado indevidamente, em detrimento do patrimônio público (artigos 5º e 6º da Lei nº 8.429/92).

- O agravante, na qualidade de ex-Presidente do BNB, ex-Diretores e ex-Superintendente, participaram da contratação, sem licitação, dos serviços advocatícios do Escritório Sobreira & Associados, o que revelaria indícios da prática de ato de improbidade.

- Esta Corte Regional, por sua composição plenária, já se manifestou acerca da quebra do sigilo bancário, reconhecendo a constitucionalidade do art. 11 da Lei nº 9.311/96 e do art. 5º, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar nº 105/2001.

- Agravo de instrumento provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de junho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Cícero Antônio de M. Sobreira, contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que recebeu ação de improbidade administrativa em face dos promovidos, decretando a indisponibilidade dos bens dos membros da então diretoria do BNB, Byron Costa Queiroz, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho, Osmundo Evangelista Rebouças, Marcelo Pelácio Costa Bonfim,

assim como do então Superintendente Jurídico da instituição, Everaldo Nunes Maia, e dos beneficiários pelas eventuais irregularidades, Sobreira & Advogados Associados S/C, Cícero Antônio de Menezes Sobreira e Christiane Pinheiro Diógenes, a fim de garantir o ressarcimento dos prejuízos ao erário.

Decretou, ainda, a decisão fustigada, a quebra do sigilo bancário de todos os promovidos, imputando ao autor especificar o detalhamento da providência requerida.

Reservou-se o eminente Magistrado de, após as providências iniciais de investigação, analisar a exclusão de algum dos promovidos do pólo passivo da ação.

Diz o agravante que a ação de improbidade teve por fundamento a contratação, em junho de 2000, pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A, dos advogados Francisco de Assis Maia Alencar e Mário Jorge Menescal de Oliveira, por inexigibilidade de licitação, e o aditamento ao respectivo contrato, em dezembro/2002, pela mesma motivação legal, para inclusão do escritório Sobreira & Advogados Associados S/C.

Argumenta que, notificado, apresentou manifestação alegando ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda e, no que respeita ao ato a si atribuído, não contribuiu para a concretização de ato lesivo aos interesses e patrimônio do Banco do Nordeste.

Na peça inicial da ação de improbidade administrativa, o Ministério Público Federal narrou a situação fática, alegando que, em 01.06.2000, o Banco do Nordeste contratou os advogados Francisco de Assis Maia Alencar e Mário Jorge Menescal de Oliveira, com inexigibilidade de licitação por notória especialização, nos termos da Proposta de Ação Administrativa SUPEJ-2000/029, de 28/03/2000, e levando em consideração os currículos apresentados pelos contratantes.

Em 26/12/2003, segundo o MPF, em conformidade com a Proposta de Ação Administrativa SUPEJ - 2002/906-050, de 20.11.2002, aprovada na reunião de Diretoria de 21.11.2002, foi firmado o aditivo ao contrato, incluindo o Escritório Sobreira & Advogados Associados S/C, com a exclusão dos contratados anteriores, sem, no

vamente, observância do devido procedimento licitatório.

Esclareceu o autor que no período de 26/12/2002 a 06.02.2003, no âmbito desse aditivo, o BNB desembolsou o total de R\$ 531.754,94 (quinhentos e trinta e um mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e noventa e quatro centavos), tendo o primeiro pagamento, no valor líquido de R\$ 212.079,28 (duzentos e doze mil, setenta e nove reais e vinte e oito centavos) sido efetuado em data anterior à publicação do aditivo, e foi realizado sem a apresentação dos documentos fiscais comprobatórios dos serviços prestados. O contrato original e o aditivo foram, segundo alegou, assinados com prazo de vigência indeterminado.

Afirmou, ainda, que em data de 21 de fevereiro de 2003, tomou posse a atual Administração do BNB, a qual, ao tomar conhecimento das irregularidades ocorridas nas contratações dos serviços advocatícios mencionados, determinou que fossem suspensos, de imediato, os pagamentos efetuados ao Escritório Sobreira & Advogados Associados S/C, instaurando processo administrativo que concluiu pela anulação das avenças.

Foi instaurado processo administrativo-disciplinar para apurar as faltas graves cometidas pelos servidores internos do BNB, do qual resultou a demissão, por justa causa, de dois gerentes da Área Jurídica e um ex-superintendente da Área de Recursos Humanos e Logísticos.

O MPF, após individualizar a participação no ilícito administrativo de cada autor, requereu, liminarmente, a indisponibilidade dos bens dos réus e a quebra do sigilo bancário.

Quanto ao agravante, o MPF esclareceu que, na qualidade de sócio majoritário do Escritório Sobreira & Advogados Associados S/C, deve ser também responsabilizado pelos ilícitos cometidos, em função dos quais foi beneficiado indevidamente (enriquecimento ilícito).

Liminar deferida, em parte, às fls. 248/253.

Às fls. 258/259, o eminente Magistrado *a quo* informa, através de Ofício de nº 166/2005 GJT, que o Termo Aditivo do Contrato de Prestação de Serviços Advocatícios, alvo de impugnação da Ação Civil Pública originária deste agravo, foi celebrado em data de

26.12.2002, pelo que solicita esclarecimento sobre o limite imposto pela decisão liminar do então relator convocado acerca da indisponibilidade dos bens do agravante.

Às fls. 270/271, despacho a fim de retificar a parte dispositiva da decisão liminar para que a indisponibilidade pelo Juízo de 1º Grau atinja os bens do agravante (Cícero Antônio de M. Sobreira) adquiridos a partir de 26.12.2002, data da celebração do termo aditivo ao contrato reputado ilegal e nocivo ao erário público.

Contraminuta oferecida às fls. 277/287.

Parecer ministerial às fls. 292/298, pelo que argúi a preliminar de intempestividade do feito, opinando, por conseguinte, por seu não conhecimento e, quanto ao mérito, pelo seu parcial provimento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Reporto-me à decisão por mim proferida, de fls. 248/253, quando analiso detalhadamente a questão do presente agravo de instrumento, cujo trecho transcrevo a seguir:

Pois bem. O agravante esclarece que não praticou nenhum ato contrário à legislação, quanto menos ao Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que a contratação do Escritório Sobreira & Advogados Associados S/C, do qual é sócio majoritário, se deu em virtude da notória especialização dos advogados contratados e por indicação e opção da própria Administração do Banco do Nordeste S/A.

Diz, ainda, que não há superfaturamento dos serviços contratados que estariam segundo alega, abaixo do limite previsto na Tabela de Honorários da OAB - Seccional do Ceará para os casos de execução judicial.

Os fatos narrados pelo MPF demonstram fortes indícios da prática de ato de improbidade administrativa, envolvendo vários ex-servidores do Banco do Nordeste do Brasil e terceiros, consistente na contratação, sem o prévio procedimento licitatório, do Escritório Sobreira & Advogados Associados S/C.

O agravante, inclusive, não nega a existência da situação fática trazida pelo Ministério Público, embora pretenda descaracterizar alegação de dano ao erário público.

Na ação originária, o MPF enquadrou a conduta dos promovidos, entre eles o ora agravante, nos artigos 10, I, II, VI, VIII, IX, XI, XII e 11, I e IV, da Lei nº 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa.

Transcrevo, por oportuno, os seguintes excertos da peça inicial da referida ação:

A forma de remuneração adotada em tais contratos se revela dissonante com a praxe adotada em contratos de terceirização da espécie, quer pelo próprio Banco do Nordeste, quer por outros bancos oficiais, tais como o Banco do Brasil S/A e a Caixa Econômica Federal, onde a remuneração se dá exclusivamente pela sucumbência, módicos adiantamentos para cobrir pequenas despesas. As contratações *sub examine*, entretanto, deram ensejo ao lesivo dispêndio de vultosa soma de dinheiro do BNB, caracterizadas pela onerosidade excessiva, contrariando qualquer noção de razoabilidade e proporcionalidade, diante de serviços pagos que não tinham sido sequer prestados.

Os atos praticados pelos demandados revestem-se de manifesto abuso na contratação direta de advogados do Escritório Sobreira, caracterizando-se visível superfaturamento, na medida em que realizaram a elevação do *pro labore* mensal, de R\$ 4.000,00 para R\$ 14.000,00, quando os serviços contratados não se diferenciavam daqueles objeto de contratos já existentes no Banco, onde os contratados não contam com adiantamento de honorários, atuando pela simples sucumbência, revelando, assim, um privilégio inaceitável, máxime pela ausência de competição ou de pré-qualificação dos interessados. (Fl. 63)

Ressalto, por outro lado, que, em recentíssima decisão, o colendo Superior Tribunal de Justiça, ao se pronunciar sobre a contratação de serviços advocatícios em **sociedade de economia mista**, assim decidiu:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NÃO SINGULARES. LICITAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC.

O disposto no art. 121 da Lei 8.666/93 não exclui os contratos firmados antes da sua vigência por sociedades de economia mista da obrigatoriedade de serem precedidos de procedimento licitatório, o que já ocorria na vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86.

A obrigatoriedade de observar o regime de licitações decorre do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e, antes mesmo do advento da Lei nº 8.666/93, as sociedades de economia mista já estavam subordinadas ao dever de licitar.

(...) (EDREsp 80061/PR, Relator Ministro Castro Meira, DJU 28.02.05)

Não vejo, assim, neste primeiro exame, eiva de ilegalidade na decisão fustigada que recebeu a ação de improbidade calcada na regra do artigo 17, parágrafo 8º, da Lei nº 8.429/92.

Cito o referido dispositivo:

“Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de 30 (trinta) dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”

A participação do agravante nos fatos descritos pelo MPF será obviamente elucidada na instrução da ação originária, havendo, entretanto, indícios da prática de conduta ilícita, desde que na qualidade de sócio majoritário do aludido escritório de advocacia teria se beneficiado indevidamente, em detrimento do patrimônio público (artigos 5º e 6º da Lei nº 8.429/92).

Quanto à quebra do sigilo bancário, tal determinação está prevista no parágrafo 2º do artigo 16 da Lei de Improbidade, que leciona:

“Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.”

Esta Corte Regional, por sua composição plenária, já se manifestou acerca da quebra do sigilo bancário, nos moldes da LC 105/2001, como demonstra o seguinte acórdão adiante ementado:

“CONSTITUCIONAL. Requisição pela Receita Federal de informações sobre movimento bancário de empresa.

Arguição de inconstitucionalidade do artigo 11, § 3º, da Lei 9.311/96 e do artigo 5º, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar 105/2001. Razoabilidade dos poderes conferidos à autoridade fiscal. Constitucionalidade dos dispositivos questionados.” (Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 80861/PE, Relator Des. Federal Lázaro Guimarães, julgado em 06.08.2003)

Tal decisão encontra respaldo no entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 219.780-5, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, segundo o qual o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege – art. 5º, X –, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e o do interesse da Justiça.

Observo, inclusive, que consta dos autos que o próprio agravante já disponibilizou seus dados bancários ao Juízo de 1º Grau, os quais foram mantidos sob custódia da Diretoria da Vara.

No que tange ao decreto de indisponibilidade dos bens, constato que foram alcançados todos os bens dos réus, sem especificações quanto àqueles adquiridos pelo ora agravante, após a efetivação do ato reputado nocivo ao erário público – que provaria possível enriquecimento ilícito – ou àqueles suficientes ao ressarcimento do dano. (Parágrafo único do art. 7º da Lei nº 8.429/92).

Com essas considerações, defiro, em parte, o pedido para determinar que a indisponibilidade decretada atinja tão-somente os bens do agravante adquiridos **a partir de 26.12.2003**, data da celebração do termo aditivo ao contrato reputado ilegal e nocivo ao erário público.

Trago, ainda, sobre o tema, recentíssima jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de seguinte ementa:

EMENTA: I. Administração Pública: **inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de advocacia com sociedade profissional de notória especialização** (L. 8.666/93, art. 25, II e § 1º): o acórdão recorrido se cingiu ao exame da **singularidade dos serviços contratados**, que, à luz de normas infraconstitucionais e da avaliação das provas, entendeu: provada alegada violação do art. 37, *caput* e I, da Constituição Federal, que, se ocor-

resse, seria reflexa ou indireta, que não enseja reexame no recurso extraordinário: incidência da Súmula 279 e, *mutatis mutandis*, do princípio da Súmula 636. II. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento do tema do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, de resto, impertinente à decisão da causa, fundada em lei federal.” (Destaque atual) (RE 466705/SP - São Paulo; Recurso Extraordinário; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; julgamento: 14.03.2006; Órgão Julgador: Primeira Turma; publicado no DJ 28.04. 2006).

Note-se que a Corte Suprema admite a dispensa de licitação, havendo prova da singularidade dos serviços contratados.

No caso vertente, pelos fatos narrados pelo MPF, os serviços contratados do escritório Sobreira e Advogados S/C não se diferenciariam daqueles que são objeto de contratos cuja remuneração se dá exclusivamente pela sucumbência, o que revelaria um privilégio não justificado, mormente a ausência de competição ou de pré-qualificação dos interessados.

Com essas considerações, dou provimento, em parte, ao agravo de instrumento, apenas para que a indisponibilidade decretada pelo Juízo *a quo* atinja os bens do agravante (Cícero Antônio de M. Sobreira) adquiridos a partir de 26.12.2002, data da celebração do termo aditivo ao contrato reputado ilegal e nocivo ao erário público.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 69.198-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Agravante: FAZENDA NACIONAL
Agravado: CLÁUDIO GAMA VIEIRA
Advs./Procs.: DRS. SAMUEL MENEZES COLLIER E OUTRO (AGRDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBA RECEBIDA POR CONSULTORIA PRESTADA AO PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS

PARA DESENVOLVIMENTO - PNDU. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

- A isenção do imposto é limitada aos funcionários dos organismos internacionais.

- Abstenção do nome do agravado do CADIN só ocorre desde que efetuado depósito-garantia.

- Precedente.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 24 de outubro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A Fazenda Nacional agrava de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que concedeu liminar e determinou que a União suspenda a exigibilidade do crédito tributário e que se abstenha de incluir o nome do agravado no CADIN ou em qualquer outro órgão, tendo em vista a não incidência de imposto de renda nos valores recebidos pelo autor, quando atuou no Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento - PNDU, Projeto Brasil.

Concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento, fl. 69.

Não houve resposta da parte agravada.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara de Pernambuco, Dr. Francisco Alves dos Santos Júnior, deferiu liminar para suspender a exigibilidade do imposto de renda dos valores recebidos pelo Sr. Cláudio Gama Vieira do Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento - PNDU, Projeto Brasil, bem como determinou a abstenção daquele nome do agravado no CADIN .

A princípio, verifico que o agravado não prestou garantia e o direito invocado, de isenção de imposto de renda em relação à remuneração por serviços de consultoria ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, não é plausível, porquanto tal benefício é limitado aos funcionários do organismo internacional. Neste sentido, transcrevo o seguinte precedente:

AC 2002.34.00.027370-4/DF; APELAÇÃO CÍVEL

Relator:

DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL

Convocado:

JUIZ FEDERAL RAFAEL PAULO SOARES PINTO (CONV.)

Órgão Julgador:

SÉTIMA TURMA

Publicação:

16/06/2006 DJ p.46

Data da Decisão:

05/06/2006

Decisão:

A Turma NEGOU PROVIMENTO à apelação por unanimidade.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. IRPF. VERBAS PAGAS A CONSULTOR (TÉCNICO) DO PNUD/ONU (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS). CARÁTER TRIBUTÁVEL. ISENÇÃO (CONVENÇÃO DE VIENA): INAPLICABILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1 - CTN (art. 108, § 2º; e art. 111, I e II): não se dispensa tributo ao sabor de equidade, e legislação que disponha sobre isenção reclama interpretação literal.

2 - Ainda que oriunda de atividade de relevância social manifesta, é tributável, à míngua de lei expressa noutra sentido, a remuneração paga em face da prestação de serviço de consultoria (técnico a serviço), decorrente de acordo de cooperação técnica entre a ONU/PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) e o governo brasileiro, por meio da Agência Brasileira de Cooperação.

3 - Não se estende – consoante confessa o próprio PNUD – aos consultores a isenção tributária prevista na **Convenção de Viena**, destinada aos “funcionários” (em sentido restrito) do corpo diplomático.

4 - O Decreto nº 27.784/50 estipula dúplex tratamento tributário àqueles que prestem serviços a organismo internacional ou em projeto de cooperação técnica, conforme sejam “funcionários” (no amplo sentido) ou, noutra caso, simples “peritos” (consultores), não sendo aos segundos (situação da autora) assegurada isenção qualquer de renda.

5 - Inaplicável o Decreto nº 52.288/63 (restrito à Agência Internacional de Energia Atômica e às Agências Especializadas que enumera, não se incluindo o PNUD).

6 - Apelação não provida.

7 - Peças liberadas pelo Relator, em 05/06/2006, para publicação do acórdão.

Relativamente à abstenção do nome do agravado do CADIN, o entendimento pacífico desta Corte é a não inscrição do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito (SPC, CADIN, SERASA e outros), na hipótese de pendência de ação judicial em que se discute a dívida, desde que efetuado depósito-garantia. Este entendimento é pacífico nas Turmas do colendo STJ:

Processo

EDcl no AgRg no REsp 670556 / SE ;

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0101300-4

Relator(a): MIN. LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 21/02/2006

Data da Publicação/Fonte: DJ 13.03.2006 p. 201

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA

DE MÉRITO (INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NO **CADIN**). DÍVIDA DISCUTIDA JUDICIALMENTE. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO IDÔNEA. HIPÓTESES LEGAIS AUTORIZADORAS DA SUSPENSÃO DO REGISTRO (LEI 10.522/02, ART. 7º). INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS DO ART. 535, E INCISOS, DO CPC.

1. Assentando o aresto recorrido que: “A pura e simples existência de demanda judicial não autoriza, por si só, a suspensão do registro do devedor no **CADIN**. Nos termos do art. 7º da Lei 10.522/02, para que ocorra a suspensão é indispensável que o devedor comprove uma das seguintes situações: ‘I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei”’. (**REsp 670.807, Rel. p/ acórdão Teori Albino Zavascki, DJ de 04/04/2005**).

2. In casu, consoante se infere do voto-condutor do acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, “o recorrido ofereceu depósito de quantia substancial da reputada dívida, o que revela a higidez da decisão ora agravada, que deverá ser mantida pelos seus próprios fundamentos”. Revela-se nítido o caráter infringente dos embargos.

3. Deveras, é cediço que incorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o *decisum* no que pertine ao oferecimento de garantia idônea para fins de suspensão do registro no **CADIN, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC.**

4. Embargos de declaração rejeitados.

Nos fundamentos da decisão agravada não restou demonstrado que o agravado tenha depositado judicialmente os valores questionados, assim, a hipótese é de aplicação do art. 7º da Lei nº 10.522/2002.

Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL
EM MEDIDA CAUTELAR Nº 2.204-AL**

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA
Agravante: COOPERATIVA DE COLONIZAÇÃO AGROPECUÁ-
RIA E INDL/ PINDORAMA LTDA.
Requerente: FAZENDA NACIONAL
Requerida: COOPERATIVA DE COLONIZAÇÃO AGROPECUÁ-
RIA E INDL/ PINDORAMA LTDA.
Advs./Procs.: DRS. SINVAL JOSÉ ALVES E OUTROS (REQDA.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXTREMOS. CREDITAMENTO DE IPI. COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A DO CTN. APLICAÇÃO AO CASO. OFENSA AO DISPOSITIVO LEGAL. PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO DO STJ E DE SUAS 1ª E 2ª TURMAS. LEI Nº 9.430/96. TRANSFERÊNCIAS DOS CRÉDITOS A TERCEIROS. CONFRONTO À IN SRF Nº 41/00. GRAVE LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS. EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO.

- Cuida-se de agravo regimental em medida cautelar que, liminarmente, deferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos em face de acórdão proferido em MCTR nº 1.496, o qual garantiu à cooperativa a utilização imediata dos créditos de IPI.

- A compensação de créditos tributários antes do trânsito em julgado da ação principal fere o disposto no art. 170-A do CTN, o qual veda a compensação de tributos ainda discutidos judicialmente. Devendo referido dispositivo legal ser aplicado ao caso concreto.

- Cumpre ressaltar o entendimento adotado pela 1ª Seção do STJ, no julgamento do EREsp 488.992, o qual serviu de paradigma em julga-

mentos das suas 1ª e 2ª Turmas, no sentido de aplicar a restrição imposta pelo art. 170-A aos tributos ainda discutidos judicialmente.

- Destaque-se, ainda, que os precedentes colhidos das 1ª e 2ª Turmas do STJ aplicam referida limitação, inclusive, a tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 9.430/96.

- Já a possibilidade de transferência de créditos tributários a terceiros vai de encontro ao previsto pela Instrução Normativa da Secretaria da Fazenda Nacional nº 41/00, que proíbe a compensação de débitos tributários com créditos de terceiros e revogou a IN nº 21/97.

- Em relação à lesão aos cofres públicos, deve-se realçar que o crédito presumido de IPI com que a agravante vem realizando transferências e compensações tributárias, antes mesmo de obter decisão judicial definitiva, ultrapassa o montante de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais).

- Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, DECIDE o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento. Vencidos os Desembargadores Lázaro Guimarães, José Maria Lucena e Francisco Wildo Lacerda Dantas, que davam parcial provimento ao agravo regimental, e os Desembargadores Paulo Roberto de Oliveira Lima, Marcelo Navarro e Paulo Gadelha, que davam provimento integral ao agravo regimental.

Recife, 14 de junho de 2006 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Presidente

RELATÓRIO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto em medida cautelar ajuizada pela FAZENDA NACIONAL contra COOPERATIVA DE COLONIZAÇÃO AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL PINDORAMA LTDA., na qual foi deferida medida liminar para conceder efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos pela recorrida contra acórdão da Terceira Turma desta Corte, proferido nos autos da Medida Cautelar Inominada Incidental nº 2001.05.00.039039-8 (MCTR nº 1496/AL), o qual reconheceu o direito da agravante no sentido de “permitir à requerente (ora agravada) a correta escrituração de seus livros fiscais, de modo a garantir o aproveitamento imediato de seus créditos de IPI, nos termos do que restou assentado na sentença de 1º grau, até o trânsito em julgado desta”. Foi determinado em sede liminar, ainda, que a Autoridade Fazendária proceda à anulação de qualquer ato que tenha acarretado na execução do acórdão guerreado antes do seu trânsito em julgado, compreendidos os atos de compensação tributária realizados pela agravante ou por terceiros, inclusive no caso de repasse ou transferência de crédito com arrimo no acórdão recorrido.

Em prol de sua pretensão, a requerente/agravada defende, inicialmente, a competência da Presidência deste Tribunal para apreciar a medida cautelar, haja vista a interposição de recursos especial e extraordinário. Alega, em seguida, a possibilidade de grave lesão de difícil reparação ao erário público em decorrência da imediata execução do acórdão, vez que a manutenção de seus efeitos privará os cofres públicos da quantia que ultrapassa R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais), indentificando, assim, o *periculum in mora* em favor da Fazenda Nacional. Argumenta que a requerida não possui direito ao creditamento de IPI em questão, vez que inexistente esse crédito quando insumos não tributados são adquiridos para serem utilizados no processo de industrialização de produtos que também não sofrerão tributação em sua saída. Diz, ainda, que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* não restaram configurados para o deferimento da medida cautelar inominada incidental, já que não foi obedecida a proibição constante no artigo 170-A do CTN, que versa sobre a compensação de tributos antes do trânsito em julgado. Aduz, outrossim, que

não foi observado que o recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional havia sido recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo pelo Juízo de 1º grau, o que impediria a executoriedade da sentença até decisão ulterior no feito. Sustenta que o acórdão vergastado negou vigência ao art. 5º do Decreto-Lei nº 491/69 e ao art. 1º, II, da Lei nº 8.402/92 ao acolher a possibilidade de crédito de IPI quando não há incidência do tributo na aquisição do insumo. Assevera, outrossim, a impossibilidade de obter creditamento de IPI oriundo da aquisição de insumos tributados para a industrialização de produto isento ou não tributado, antes da Lei nº 9.779/99. Sublinhou a ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas caso ocorra a compensação dos tributos antes do trânsito em julgado da decisão judicial, assim como em face da possibilidade de se utilizar referida compensação a favor de terceiros, conforme demonstra através de documentos que tal favorecimento já vem ocorrendo. Consignou, ainda, a violação da IN 41/2000 e da IN 21/1997 pelo acórdão guerreado, ao permitir referida transferência de créditos tributários a terceiros.

Ao final, requereu a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extremos por ela interpostos contra o acórdão proferido nos autos da Medida Cautelar Inominada Incidental nº 2001.05.00.039039-8 (MCTR 1496/AL). Requereu, demais disso, que a Autoridade Fazendária anule qualquer compensação realizada pela agravada ou por terceiros, caso tenha havido repasse ou transferência de crédito com arrimo no acórdão recorrido, inclusive efetuando a devida constituição dos créditos tributários que foram objeto de compensação.

Medida liminar por mim concedida para atribuir o efeito suspensivo pleiteado, bem como para anular qualquer ato que tenha importado na execução do acórdão atacado antes do seu trânsito em julgado, inclusive compensações, repasses ou transferências a terceiros.

Diante desta decisão, a parte recorrida apresentou agravo regimental reclamando sua reconsideração.

Nas suas razões, a cooperativa salientou a ausência da fumaça do bom direito e do perigo da demora no deferimento da liminar ora atacada. Sustentou que a discussão acerca do recebimento

da apelação no efeito suspensivo não subsistiria neste momento, vez que tal recurso já foi julgado pela Terceira Turma desta Corte. Sustentou, ainda, que o art. 170-A do CTN não poderia servir de fundamento para emprestar efeito suspensivo aos recursos extremos já que não foi pré-questionado pelo acórdão que decidiu a MCTR nº 1496, assim como tal dispositivo legal não se aplicaria ao caso concreto, por se tratar de compensação sujeita à homologação. Argumentou a ausência de perigo de ocasionar grave lesão à economia pública a manutenção do acórdão proferido na Medida Cautelar nº 1496 que assegurou à cooperativa a possibilidade de utilizar os créditos de IPI antes do trânsito em julgado, que resultou na realização de compensações, uma vez que sua pretensão já foi confirmada cinco vezes por decisões judiciais, além de tais operações não terem o condão de extinguir o crédito tributário ao passo que ficaria resguardado ao Fisco a fiscalização dos valores envolvidos. Suscitou, outrossim, afronta da decisão ora agravada aos princípios da segurança jurídica das decisões judiciais e da estabilidade jurídica. Alegou que as compensações tributárias foram realizadas com espeque nas decisões judiciais confirmatórias e que tais operações não poderiam ter sido anuladas diante da fragilidade dos argumentos trazidos pela agravada. Levantou a ausência do perigo da demora, apto a ensejar a anulação das compensações e transferências realizadas, visto que tais operações não extinguiriam o crédito definitivamente. Aduziu a presença do *periculum in mora* inverso a favor da recorrida em face da iminente anulação das compensações e transferências tributárias realizadas desde 2001.

Ao final, pleiteou a reconsideração da decisão monocrática ora guerreada e, em caso de manutenção do *decisum*, que o presente agravo fosse processado e levado a julgamento pelo Órgão Plenário.

É o relatório.

VOTO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto em medida cautelar ajuizada pela FAZENDA NACIONAL contra COOPERATIVA DE COLONIZAÇÃO AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL PINDORAMA

LTDA., na qual foi deferida medida liminar para conceder efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos pela recorrida contra acórdão da Terceira Turma desta Corte, proferido nos autos da Medida Cautelar Inominada Incidental nº 2001.05.00.039039-8 (MCTR nº 1496/AL), o qual reconheceu o direito da agravante no sentido de “permitir à requerente (ora agravada) a correta escrituração de seus livros fiscais, de modo a garantir o aproveitamento imediato de seus créditos de IPI, nos termos do que restou assentado na sentença de 1º grau, até o trânsito em julgado desta”. Foi determinado em sede liminar, ainda, que a Autoridade Fazendária proceda à anulação de qualquer ato que tenha acarretado na execução do acórdão guerreado antes do seu trânsito em julgado, compreendidos os atos de compensação tributária realizados pela agravante ou por terceiros, no caso de repasse ou transferência de crédito com arrimo no acórdão recorrido.

Inicialmente, numa análise acerca do atual andamento processual da causa principal, observo que a medida cautelar inominada incidental no recurso de apelação, ora discutida, fora ajuizada pela cooperativa, ora agravante, com o objetivo de se proceder à execução imediata da sentença de 1º grau, que lhe havia assegurado o direito de utilizar os créditos de IPI decorrentes da aquisição de matéria-prima, embalagem e materiais intermediários utilizados em seu processo de produção. Assim, conclui-se que a intenção da agravante, ao ajuizar mencionada ação cautelar, era realizar, antecipadamente, as compensações tributárias garantidas em provimento judicial, ou seja, utilizar-se de tais créditos antes mesmo da apreciação da apelação interposta pelo ente público, a qual, destaque-se, foi recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, sem que o particular houvesse interposto qualquer recurso em face da decisão que admitiu referido recurso e atribuiu seus efeitos.

Em consulta ao sistema de acompanhamento processual do TRF da 5ª Região (Esparta), verifica-se que a remessa oficial e a apelação interposta pela Fazenda Nacional foram providas pela Terceira Turma deste Tribunal, em sessão realizada em 18.09.2003. Entretanto, no julgamento dos embargos de declaração opostos pela cooperativa, foi dado provimento, com efeitos modificativos, ao referido recurso, reformando o acórdão que julgou a apelação,

conforme trecho do voto proferido pelo Relator, Desembargador Federal Paulo Gadelha, nos embargos declaratórios na AC 285923/AL:

Em face do exposto, dou parcial provimento aos embargos de declaração para admitir o creditamento do IPI quando a entrada for onerada e a saída desonerada e, bem assim, quando a entrada for desonerada e a saída onerada pelo imposto.

Como conseqüência, atribuo efeito infringente aos embargos declaratórios para dar parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial apenas para excluir a pretensão de creditamento quando a entrada e também a saída sejam desoneradas do IPI, mantendo-se incólume a sentença quanto às demais hipóteses de creditamento.

Atualmente, a citada apelação cível encontra-se pendente de julgamento de outros embargos de declaração.

Penso que a decisão judicial proferida em ação cautelar incidental, objeto de discussão na MCPR nº 2204, a qual assegurou à agravante o direito de realizar a compensação imediata dos créditos de IPI, antes do seu trânsito em julgado – uma vez que ainda estão sendo discutidos judicialmente em sede de apelação que foi recebida no duplo efeito – tem potencialidade para ocasionar grave lesão aos cofres públicos, considerando que referida decisão carrega a autorização de compensação de crédito de IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados, valor (em relação ao qual, ressalte-se, não há decisão transitada em julgado) que ultrapassa o montante de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais), inclusive, facultando-se a tal cooperativa a transferência dos referidos créditos a terceiros.

Vislumbra-se, primeiramente, a presença do *fumus boni juris* necessário ao deferimento da medida liminar atacada, na decisão do juízo *a quo* que recebeu a apelação da Fazenda Nacional nos efeitos devolutivo e suspensivo, desprovendo a sentença de força executória imediata. O recurso cabível para cassar o efeito suspensivo atribuído à apelação seria o agravo de instrumento, que não foi interposto pela autora, e não uma medida cautelar incidental com vistas a obter a execução imediata da sentença. Acres-

cente-se que, ao contrário do que foi sustentado pela cooperativa, o efeito suspensivo em que foi recebida a apelação não desapareceu com o julgamento do apelo, vez que o mesmo ainda se encontra pendente da apreciação de embargos de declaração. Ademais, cabe registrar que, caso fosse considerado o argumento levantado pela parte agravante, da inexistência de efeito suspensivo da apelação, a execução da sentença permaneceria impossibilitada, pois, “salvo exceção expressa, os embargos de declaração mantêm em suspenso a eficácia da decisão recorrida”¹.

A fumaça do bom direito revela-se, ademais, tanto no que tange ao efeito suspensivo em que foi recebida a apelação interposta pelo ente público, como no respeitante aos créditos relativos ao IPI abrangendo insumos, matéria-prima, materiais intermediários e embalagens, em face do estabelecido no art. 170-A do CTN. É inarredável que o crédito reconhecido à agravante está, à evidência, em discussão judicial. O caso dos autos, por conseguinte, subsume-se ao enunciado no art. 170-A do Código Tributário Nacional.

Observe-se, no pertinente, o teor do citado art. 170-A do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar nº 104/2001, *litteris*:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Grifos acrescidos)

Conforme lição de Leandro Paulsen, “no presente cenário jurídico nacional, a compensação do indébito tributário passa a conviver simultaneamente com duas sistemáticas autônomas e inconfundíveis, cuja disparo deflagrador de uma ou outra regra ficará jungido à deliberada opção do sujeito passivo que: a) por sua conta e risco, independentemente de qualquer ação judicial, faz valer o seu direito subjetivo à autocompensação, nos moldes da Lei nº 8.383/91, sujeito à ulterior verificação do Fisco sobre a regularida-

¹ Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 11ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 559.

de do procedimento compensatório efetuado (regularidades de valores etc.), ou b) renuncia a sua *facultas agendi* e, por conseguinte, ingressa com a competente ação judicial, visando obter certeza acerca da inexistência da relação jurídica obrigacional, de modo que tão-somente após seu trânsito em julgado é que estará habilitado à autocompensação, conforme reza o novo art. 170-A do CTN². É no segundo caso em que se enquadra a empresa agravante, que agora pretende obter a utilização do crédito tributário sob discussão antes do trânsito em julgado.

De tal preceptivo, claramente se apreende a extensão que o art. 170-A do CTN quis dar: obstar a compensação por meio de aproveitamento de tributo, em discussão judicial, antes do trânsito em julgado da decisão judicial reconhecedora do crédito do contribuinte. Corroborando a tese ora perfilhada, é de se **observar precedente da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça**, o qual bem se amolda à hipótese dos autos (com grifos apostos):

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: ERESP - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - 488992. Processo: 200302329163. UF: MG. Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO. Data da decisão: 26/05/2004. Documento: STJ000548360

Fonte DJ DATA: 07/06/2004. PÁGINA: 156

Relator(a) TEORIALBINO ZAVASCKI

Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, Franciulli Netto, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa: TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PIS E TRIBUTOS DE DIFERENTE ESPÉCIE. SUCESSIVOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO DIREITO SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE COM A CAUSA DE PEDIR.

² Paulsen, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 1259.

(...)

4. Além disso, desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação.

5. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei 10.637/02, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

6. É inviável, na hipótese, apreciar o pedido à luz do direito superveniente, porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias.

Data Publicação: 07/06/2004.

Verifique-se, no mesmo sentido, os seguintes precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça:

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 711431

Processo: 200401790026. UF: PR. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data da decisão: 03/03/2005. Documento: STJ000606139.

Fonte: DJ DATA: 25/04/2005. PÁGINA: 327

Relator(a): JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto

do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Ementa: TRIBUTÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. **COMPENSAÇÃO. PIS. LEI Nº 8.383/91. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO FEITO.**

1. A teor do disposto no art. 170-A do CTN, a compensação mostra-se viável desde que não haja mais discussão judicial acerca dos respectivos créditos, ou seja, desde que o feito tenha transitado em julgado.

2. Recurso especial não provido.

Data Publicação: 25/04/2005.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 668546. Processo: 200401237421. UF: DF. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 22/03/2005. Documento: STJ000605722

Fonte: DJ DATA: 25/04/2005. PÁGINA: 245

Relator(a): LUIZ FUX

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Francisco Falcão.

Ementa: TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.** PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PIS. COMPENSAÇÃO.

(...) 7. Deveras, no julgamento do ERESP 488.992/MG, o Relator, o e. Min. Teori Albino Zavascki, deu a exata exegese ao art. 170-A do CTN, que veio a reforçar o entendimento no sentido da não-aplicação retroativa dos sucessivos regimes legais de compensação tributária, consoante se colhe do seguinte excerto do voto-condutor: "a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o

art. 170-A, segundo o qual 'é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial'. Agregou-se, com isso, novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, (...)"

8. Agravo Regimental improvido.

Data Publicação: 25/04/2005.

Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 715665

Processo: 200500090310. UF: SP. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 15/03/2005. Documento: STJ000600250.

Fonte: DJ DATA:04/04/2005 PÁGINA: 231

Relator(a): TEORI ALBINO ZAVASCKI

Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa: TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/SC. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE DIFERENTES ESPÉCIES. SUCESSIVOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA OU EXAME DA CAUSA À LUZ DO DIREITO SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE.

(...) 9. Além disso, desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem

utilizados pelo contribuinte na compensação.

10. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei 10.637/02, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

13. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

Data Publicação: 04/04/2005.

Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 653871

Processo: 200400606938. UF: PE. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 22/02/2005. Documento: STJ000600012.

Fonte: DJ DATA: 28/03/2005. PÁGINA: 212

Relator(a): LUIZ FUX

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa: TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 8.383/91 E 9.430/96. ART. 170-A DO CTN. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

(...) 7. Deveras, no julgamento do ERESP 488.992/MG, o Relator, o e. Min. Teori Albino Zavascki, deu a exata exegese ao art. 170-A do CTN que veio a reforçar o entendimento no sentido da não-aplicação retroativa dos sucessivos regimes legais de compensação tributária, consoante se colhe do seguinte excerto do voto-condutor: "a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual 'é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação

judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial'. Agregou-se, com isso, novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, (...)”.

9. Agravo regimental desprovido.

Data Publicação: 28/03/2005.

Acrescente-se que tal vedação incide ainda que a compensação se efetue nos moldes estabelecidos pela Lei nº 9.430/96, com alterações dadas pela Lei nº 10.637/2002, porquanto, conforme bem definiu a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do ERESP 488.992/MG, desde o advento da Lei Complementar 104, em 10.01.2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, “agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação”. Assim, consoante bem registrou o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, no julgamento do ERESP 488.992/MG, “atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei nº 10.637/02, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação”.

Destarte, considerando os arestos acima colacionados, que corroboram a aplicação do art. 170-A, **inclusive nas hipóteses de compensação de tributo sujeito à homologação**, prevista na Lei nº 9.430/96, e tendo em vista o entendimento esposado pelo Min. Teori Albino Zavascki, resta esvaziada a alegação da parte agravante no que tange à inaplicabilidade do referido dispositivo legal ao caso concreto por se tratar de compensação sujeita à homologação pelo Fisco.

Outrossim, o referido dispositivo legal, art. 170-A do CTN, foi devidamente pré-questionado nos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, em face do acórdão proferido na MCTR nº 1.496, diversamente do alegado pela agravante.

O perigo da demora autorizador da medida liminar deferida, de outro lado, é manifesto, diante da ameaça de grave lesão aos cofres públicos, haja vista que na hipótese em apreço, restou assegurado à agravante, em acórdão não transitado em julgado e, portanto, por meio de decisão não definitiva, a compensação do crédito presumido de IPI de mais de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais) com débitos próprios, alusivos ao citado imposto ou a outros tributos administrados pela Receita Federal, inclusive com a possibilidade de transferi-los a terceiros (em flagrante violação ao art. 30 da Instrução Normativa SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, revogadora da Instrução Normativa SRF nº 41, de 7 de abril de 2000). Registre-se que o perigo da demora vislumbrado por este julgador não resta prejudicado em face do número de decisões judiciais proferidas por juízos diversos anteriormente. Ressalte-se que a agravante já vem realizando compensações tributárias em favor de terceiros com espeque na decisão judicial ainda não transitada em julgado, conforme resta demonstrado pelo documento nº 16, às fls. 355-362. Não é de se olvidar, demais disso, o efeito multiplicador de decisões de idêntica índole.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 68.033-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Agravante: EDUARDO HENRIQUE LEDEBOUR LÓCIO
Agravada: OAB/PE - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO DE PERNAMBUCO
Advs./Procs.: DRS. CARLOS HENRIQUE LEDEBOUR LÓCIO E
OUTROS (AGRTE.) E MAURO CEZAR DA SILVA
CRUZ E OUTRO (AGRDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO EM QUE SE DISCUTE A APROVAÇÃO, OU NÃO, DO ORA AGRAVANTE NO EXAME DE ORDEM, PENDENTE DE JULGAMENTO. DESPACHO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PRESTAÇÃO DE COMPROMISSO E INSCRIÇÃO NO QUADRO DE ADVOGADOS DA OAB/PE. OBEEDIÊNCIA AOS LIMITES OBJETIVOS DO RECURSO DE AGRAVO, POIS O REGIMENTAL DEVESE CINGIR À MATÉRIA SUSCITADA NA DECISÃO AGRAVADA, AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E AO DO CONTRADITÓRIO.

- Agravo interno de despacho proferido por este Relator visando a que se autorize o ora agravante a prestar compromisso e proceder à sua inscrição no quadro de advogados da OAB/PE, em face da negativa dessa autarquia.

- Em nosso sistema processual não é permitido o deferimento do pleito aqui formulado, pois, como dito no despacho agravado, além dessa matéria dever ser analisada pelo Juízo a quo, o regimental, além do pedido nele contido, deve-se cingir à matéria suscitada na decisão agravada, ou seja, na decisão exarada em sede de agravo de instrumento.

- Se ainda está pendente de julgamento na instância a quo, como no caso presente, ação em

que se discute a aprovação, ou não, do ora agravante no Exame de Ordem, o pedido constante deste agravo interno, um verdadeiro fato novo alegado no segundo grau de jurisdição, acaso deferido, caracterizaria um provimento satisfativo, em desobediência aos limites objetivos do recurso de agravo, violando o princípio do duplo grau de jurisdição e, em última análise, o do contraditório.

- Na verdade, a parte recorrente insiste em obter um provimento jurisdicional que lhe não foi deferido na instância ad quem, em sede de agravo regimental, talvez com o intuito de se valer da “teoria do fato consumado”, hoje tão utilizada por alguns julgadores, que lhe poderia, em tese, beneficiar. Além do mais, o deferimento da inscrição na ordem dos advogados pressupõe que não exista nenhuma pendência administrativa ou judicial, pois habilita o bacharel para exercer a profissão.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 24 de agosto de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de agravo regimental de despacho desta Relatoria, exarado nos autos do agravo de instrumento em epígrafe, que in-

deferiu os pedidos formulados pelo ora agravante na petição de fls. 199/221, por serem matéria estranha ao que foi deferido no agravo regimental cuja ementa consta às fls. 88/89, os quais consistiam em se determinar à OAB/PE - Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, que lhe permitisse prestar compromisso junto aos demais candidatos aprovados na 2ª Etapa do Exame de Ordem e, ato contínuo, fosse-lhe deferida a inscrição naquela autarquia federal, na mesma data aprazada para os demais candidatos, e, ainda, em caso de descumprimento, fosse imposta multa diária no valor de R\$ 5.000,00 à parte agravada nestes autos.

Para melhor entendimento de Vossas Excelências, faço um breve resumo da demanda posta nos autos:

Em 09/04/06, o ora agravante participou da 1ª etapa do Exame (2006.1) de Ordem dos Advogados, Seção de Pernambuco, obtendo uma pontuação de 43 questões corretas, segundo o gabarito oficial da OAB/PE.

Aberto o prazo para recurso, o autor, agravante, ingressou com recurso administrativo, cujo julgamento, ocorrido em 04/05/06, resultou na anulação das questões de nºs 04, 09 e 16 da prova do Caderno 2, não anulando as demais que foram impugnadas pelo recorrente.

Inconformada, a parte agravante (que, pelo gabarito oficial, contabilizou um total de 46 questões, necessitando, assim, de 4 questões para que fosse aprovado na primeira fase do concurso supracitado) ajuizou ação ordinária, com pedido de tutela antecipada.

Conforme se verifica dos autos, às fls. 53/59, o Juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de tutela antecipada formulado por Eduardo Henrique Ledebour Lócio na ação ordinária movida contra a OAB/PE, *“objetivando sua participação na segunda fase do exame de ordem – provas subjetivas – na data de 07/05/06, bem como que lhe fossem assegurados todos os direitos advindos dos efeitos do referido exame”* (fl. 51, item 1).

Em face da decisão do Juízo *a quo*, que negou ao requerente o direito de participar da 2ª etapa do Exame da OAB/PE, foi inter-

posto agravo de instrumento perante o Desembargador Federal de plantão, Presidente Francisco Cavalcanti, no dia 06/05/06, que autorizou o ora agravante “a participar da 2ª etapa do concurso em questão, determinando, porém, que a prova fosse recolhida em envelope lacrado, até julgamento do recurso”.

O agravante, inconformado com a parte da decisão proferida pelo Presidente desta Corte que determinou “que fosse recolhida a prova em envelope lacrado até julgamento do agravo”, interpôs agravo regimental, cujo pedido foi o seguinte: **“Requer o provimento do agravo no sentido de garantir o direito do agravante de ter sua prova corrigida, seu resultado divulgado junto aos demais candidatos, bem como tratamento igualitário com os demais candidatos formalmente aprovados na 1ª etapa do certame, ou que a prova seja corrigida junto às demais e, em seguida, após sua correção e divulgação da nota, seja a mesma lacrada até o julgamento do agravo”**.

Essa egrégia 3ª Turma, em sessão do dia 18/05/06, deu provimento àquele agravo regimental, nos termos da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXAME DE ORDEM. DECISÃO PROFERIDA PELO DESEMBARGADOR FEDERAL DE PLANTÃO DETERMINANDO QUE A PROVA REALIZADA PELO AGRAVANTE FOSSE RECOLHIDA EM ENVELOPE LACRADO ATÉ JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. CORREÇÃO DA PROVA JUNTAMENTE COM AS DEMAIS. TRATAMENTO IGUALITÁRIO.

1. Agravo interno de decisão proferida pelo Desembargador Federal de plantão, Presidente Francisco Cavalcanti, na parte que determinou que fosse a prova realizada pelo agravante recolhida em envelope lacrado até julgamento do agravo de instrumento interposto.

2. A Ordem dos Advogados do Brasil, por ser uma autarquia federal, tem natureza de pessoa jurídica de direito público interno, que executa serviço público federal. Assim, deve obediência aos princípios constitucionais que regem os atos da Administração Pública.

3. O Exame de Ordem deve ser pautado pelos princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, dentre

os quais a impessoalidade, sob pena de ilegalidade do ato.

4. O princípio da impessoalidade significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.

5. Razão assiste ao ora agravante quando afirma que a correção de sua prova em momento posterior à correção da dos demais candidatos fere o princípio da impessoalidade. E isso se explica, pois, em assim se procedendo, a prova realizada pelo agravante poderá ser identificada pelo membro da comissão que irá corrigi-la, ou, se assim não o for, fatalmente ocorrerá a identificação da prova como estando dentre aquelas submetidas à apreciação do Poder Judiciário, no que se refere à legalidade.

6. Tal identificação é também proibida, o que não poderia ser diferente, na cláusula 3.5.2. do Edital que regula o Exame de Ordem em questão.

7. Não se trata, aqui, vale lembrar, de pôr em dúvida a lisura da comissão responsável pelo certame, mas sim de que, de uma ou outra forma, as conseqüências advindas de uma correção posterior da prova do candidato contrariam esse tão reclamado princípio da impessoalidade.

8. Agravo regimental provido.

Após isso, Eduardo Henrique Ledebour Lócio atravessou petição aos autos (fls. 199/221) informando que fora aprovado na segunda etapa do Exame de Ordem e requerendo que se determinasse à OAB/PE - Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, que lhe permitisse prestar compromisso junto aos demais candidatos aprovados na 2ª Etapa do Exame de Ordem e, ato contínuo, fosse-lhe deferida a inscrição naquela autarquia federal, na mesma data aprazada para os demais candidatos, e, ainda, em caso de descumprimento, fosse imposta multa diária no valor de R\$ 5.000,00 à parte agravada nestes autos, o que foi indeferido por esta Relatoria, nos termos do despacho de fls. 231/234, de que ora se agrava regimentalmente.

Alega o agravante, neste regimental, que o indeferimento do pedido formulado na petição de fls. 199/221, nos termos do despacho ora agravado, feriu seu direito líquido e certo, uma vez que a decisão proferida pela 3ª Turma deste egrégio Tribunal assegurou-

lhe não somente o direito de ter sua prova corrigida e o resultado divulgado juntamente com os demais candidatos, como também “fora assegurado tratamento igualitário aos demais candidatos formalmente aprovados no Certame”. Afirma que a negativa de prestação do compromisso legal e de sua inscrição no quadro de advogados da OAB/PE implica na impossibilidade dele, recorrente, exercer a advocacia, bem como qualquer cargo ou função que exija a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, restando de pouca valia a graduação conquistada na Universidade, tudo isso em virtude da utilização de critério ilegal e inconstitucional adotado pela Comissão de Exame de Ordem da OAB/PE no julgamento do recurso interposto pelo então candidato, ora agravante. Argumenta que o entendimento esboçado no despacho agravado é equivocado diante da necessidade de contemplação da decisão outrora proferida, a fim de que se atinjam os fins almejados, tendo em vista a interpretação restritiva por parte da OAB/PE, que não permitiu que o ora agravante prestasse compromisso e obtivesse inscrição no seu quadro de advogados. Requer que se determine à agravada que permita ao agravante prestar imediatamente o compromisso e, após, que defira a sua inscrição naquela autarquia federal, na mesma data aprazada para os demais candidatos, e, ainda, em caso de descumprimento, que seja imposta multa diária no valor de R\$ 5.000,00 à parte agravada nestes autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O recorrente objetiva, por meio deste agravo interno, autorização para prestar compromisso e proceder à sua inscrição no quadro de advogados da OAB/PE, em face da negativa dessa autarquia, alegando que a decisão proferida no agravo regimental acima ementado conferiu-lhe tal direito e que o despacho, ora agravado, proferido por este Relator, feriu seu direito líquido e certo, eis que desconsiderou aquela decisão da Turma.

Por entender que o despacho por mim proferido não suscita nenhuma dúvida quanto ao aqui pleiteado pelo agravante, ao con-

trário, resolve a questão posta, cito o posicionamento delineado no mesmo, transcrevendo a seguinte parte:

É certo que o pedido do requerente, na ação de origem, foi no sentido de que fosse assegurada a sua participação na segunda fase do exame de ordem – provas subjetivas –, na data de 07/05/06, bem como que lhe fossem assegurados todos os direitos advindos dos efeitos do referido exame, mas, em sede de agravo de instrumento, acolheu-se parcialmente a pretensão, assegurando a participação do agravante na 2ª etapa do Exame de Ordem, e determinou-se que fosse recolhida a prova em envelope lacrado até o julgamento do agravo.

Ora, se o requerente apenas agravou regimentalmente dessa última parte da decisão, como dito, essa 3ª Turma, evidentemente, só poderia apreciar, como o fez, o inconformismo no que se referia ao recolhimento da prova em envelope lacrado até o julgamento do agravo, não questões outras, alegadas nesta petição.

Assim, apesar de que, em excerto do voto por mim proferido, à fl. 87, tenha dito “Em face do exposto, dou provimento ao agravo regimental para que a prova prático-profissional realizada pela ora recorrente, referente à 2ª etapa do Exame de Ordem, seja corrigida e divulgado o seu resultado junto às provas dos demais candidatos, assegurando-lhe tratamento igualitário aos demais candidatos formalmente aprovados na 1ª etapa daquele certame”, tal redação não tem o condão de ensejar a interpretação ora dada pelo peticionante. Na verdade, o tratamento igualitário a que me refiro diz respeito à correção e divulgação da prova da 2ª etapa do concurso em questão, e não a assegurar a inscrição pleiteada, pois, além dessa matéria dever ser analisada pelo Juízo a quo, o regimental, além do pedido nele contido, deve-se cingir à matéria suscitada na decisão agravada, ou seja, na decisão exarada em sede de agravo de instrumento.

Entendo que os pedidos aqui constantes vão ser decorrência do trânsito em julgado de uma sentença proferida a favor do ora requerente, se for o caso. Assim, se ainda está pendente de julgamento, como no caso presente, ação em que se discute a aprovação, ou não, do ora requerente no Exame de Ordem, prudente e lógico é

que se aguarde o julgamento final. Além do mais, o deferimento da inscrição na Ordem dos Advogados presume que não exista nenhuma pendência administrativa ou judicial, pois habilita o profissional a exercer a profissão.

Apenas para reforçar o acima dito, nesta senda de cognição sumária que é o agravo não se pode adentrar no mérito da questão para se saber se o requerente tem razão, ou não, tarefa essa somente cabível em processo de cognição exauriente.

Em face do exposto, indefiro os pedidos aqui formulados, por serem matéria estranha ao que foi deferido em sede de agravo regimental.

Voltando a este regimental, o que observo é que a parte recorrente insiste em obter um provimento jurisdicional que lhe não foi deferido na instância *ad quem*, em sede de agravo regimental, talvez com o intuito de se valer da “teoria do fato consumado”, hoje tão utilizada por alguns julgadores, que lhe poderia, em tese, beneficiar.

Mas, sem muito esforço mental, observa-se que em nosso sistema processual não é permitido o deferimento do pleito aqui formulado, pois, como dito no despacho agravado, **além dessa matéria dever ser analisada pelo Juízo a quo, o regimental, além do pedido nele contido, deve-se cingir à matéria suscitada na decisão agravada, ou seja, na decisão exarada em sede de agravo de instrumento.**

Assim, se ainda está sendo discutida na instância *a quo* a ocorrência, ou não, de lesão ao direito do ora agravante quanto ao Exame de Ordem, o pedido constante deste agravo interno, um verdadeiro fato novo alegado no segundo grau de jurisdição, acaso deferido, caracterizaria um provimento satisfativo, em desobediência aos limites objetivos do recurso de agravo, violando o princípio do duplo grau de jurisdição e, em última análise, o do contraditório.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70.397-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Agravantes: FLÁVIA CRISTINA MELCOP DE CASTRO SCHOR, AMIR SCHOR E PAULO MELCOP DE CASTRO SCHOR (INCAPAZ)
Agravada: UFPE - UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
Agrtes. Reg.: FLÁVIA CRISTINA MELCOP DE CASTRO SCHOR E AMIR SCHOR
Repte.: PROCURADORIA DA UFPE
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ DE CASTRO E SOUZA NETO E OUTRO (AGRDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ENSINO FUNDAMENTAL. COLÉGIO DE APLICAÇÃO. CONSELHO DE CLASSE. ADOLESCENTE PORTADOR DE TDAH. EDUCAÇÃO ESPECIAL. PROMOÇÃO DE SÉRIE.

- Agravo regimental contra decisão que indeferiu o pedido liminar dos genitores de aluno do Colégio de Aplicação da UFPE e, com isso, manteve a decisão do Conselho de Classe pela sua retenção na 6ª (sexta) Série do Ensino Fundamental daquela instituição.

- O adolescente portador de TDAH (Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade) deve ser atendido sob regime de educação especial, e não pode ter seu curso acadêmico obstaculizado pela avaliação docente não-especializada. Incidência dos arts. 206, I e 208, III, da Constituição Federal, do art. 12, V, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases) e da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência.

- Deferimento da liminar, determinando à agra-

vada que realize a apuração do aproveitamento escolar do menor, não de forma retilínea, como o faz com todos os demais alunos que não padecem de transtornos psiquiátricos, mas sim com o balanceamento de quem está tratando um adolescente portador do distúrbio diagnosticado como Transtorno de Atenção e Hiperatividade (TDAH), a quem a própria escola negligenciou um atendimento adequado, em tempo hábil para viabilizar o regular curso do aluno nas atividades escolares, mirando obediência ao princípio da proteção integral, orientador do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.068/90).

- Provimento em maior extensão, por força dos votos separados dos Desembargadores Federais Lázaro Guimarães e Francisco Barros Dias para: a) determinar a imediata admissão do aluno na Sétima Série, onde deverá freqüentar aulas até ulterior deliberação judicial; b) anular a avaliação que reprovou o aluno e determinar a realização de um novo exame, considerando as deficiências suportadas pelo mesmo e constantes do voto do Relator; c) determinar à agravada que providencie o acompanhamento psicopedagógico do aluno, de acordo com as necessidades deste como portador de TDAH. Efetividade do art. 227, § 1º, da CF/88.

- Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo em agravo de instrumento (Turma), em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado, sendo que os Desembargadores Lázaro Guimarães e Francisco Barros Dias dão provimento em maior extensão, para: a) determinar a imediata admissão do aluno na Sétima Série, onde

deverá freqüentar aulas até ulterior deliberação judicial; b) anular a avaliação que reprovou o aluno e determinar a realização de um novo exame, considerando as deficiências suportadas pelo mesmo e constantes do voto do Relator; c) determinar à agravada que providencie o acompanhamento psicopedagógico do aluno, de acordo com as necessidades deste como portador de TDAH.

Recife, 31 de outubro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Trata-se de agravo regimental proposto por Flávia Cristina Melcop de Castro Schor e Amir Schor contra decisão da Desembargadora Federal Margarida Cantarelli que negou seu pedido liminar em agravo de instrumento (fls. 286/287).

Os agravantes são pais do adolescente P.M.C.S., de 14 (quatorze) anos, e insurgem-se contra a sua reprovação na 6ª (sexta) Série do Colégio de Aplicação da UFPE. Alegam, em síntese, que o adolescente sofre de distúrbio diagnosticado como Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH) e não teve o devido acompanhamento psicológico da instituição no ano letivo de 2005, encerrado no 1º semestre de 2006. Por essa razão, teria sido reprovado pelos professores de Matemática, Educação Física e Educação Artística, cujos pareceres foram aceitos em mais de um Conselho de Classe na escola, e aprovado com restrições pelos professores de Língua Portuguesa, História e Geografia.

Em 25/09/2006, a Desembargadora Federal Margarida Cantarelli recebeu o agravo de instrumento apenas em seu efeito devolutivo, por não considerar provada a patologia nem a devida informação dos pais à escola.

Agora, pleiteiam os agravantes a reconsideração de sua tese pela Quarta Turma. Sustentam que o Colégio de Aplicação sabia da condição médica do adolescente P.M.C.S. desde 2004, quando ingressou na 5ª (quinta) Série, mas não desenvolveu nenhum acom-

panhamento psicopedagógico específico. Por essa razão, rejeitam o entendimento firmado do Conselho de Classe e, ao final, pedem o provimento do agravo para que o aluno seja promovido, de imediato, à 7ª (sétima) Série do Ensino Fundamental (fls. 289/292).

Como fundamento, trazem aos autos laudos médicos e psicológicos que comprovam a condição de portador de TDAH, declaração da professora de Matemática que acompanhou o adolescente na 5ª (quinta) Série, cópia do Projeto Político-Pedagógico do Colégio de Aplicação, pareceres favoráveis de professores de Matemática externos à instituição e, por fim, parecer do Prof. Dr. Francisco José de Lima, do Centro de Estudos Inclusivos da UFPE, pela progressão imediata à 7ª (sétima) Série.

A UFPE, por seu turno, ofereceu contra-razões às fls. 343/346. Sustenta a inocorrência de culpa da instituição de ensino pelo mau desempenho de P.M.C.S. nas disciplinas em que foi reprovado, bem como a impossibilidade de promoção de série por liminar ou decisão judicial. Além disso, afirma que os pareceres médicos e psicológicos foram emitidos ao final do ano letivo de 2005, quando a situação acadêmica do aluno já estava irremediavelmente comprometida. Ao final, sugere que eventuais problemas no processo de ensino-aprendizagem são imputáveis a todos os envolvidos, pais inclusive, e não apenas à escola.

O Ministério Público Federal, por seu turno, opina pelo improvimento do agravo de instrumento, pela impossibilidade do Poder Judiciário substituir a Administração – no caso, o Conselho de Classe no Colégio de Aplicação – na avaliação pedagógica do desempenho de alunos (fls. 348/351).

Dispensada a inclusão em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

Para um correto exame da situação, é fundamental o exame da prova trazida pela agravante, sendo boa parte dela produzida pelo Colégio de Aplicação.

De plano, percebe-se que o adolescente P.M.C.S. é portador de Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH). Tal fato é atestado pelos profissionais de saúde envolvidos com seu tratamento, quais sejam, a psicóloga Luciana Nagalli Gropo (fl. 107) e o Prof. Dr. Marcelo Bandim, médico psiquiatra (fl. 106). Não há, portanto, qualquer dúvida ou suspeita contra o diagnóstico.

Sobre o tema, esclareço que os portadores de TDAH não conseguem manter a concentração por muito tempo e demonstram constante inquietação. Além disso, sua interação é prejudicada pela necessidade constante de movimento físico e, ainda, pela dificuldade em ouvir e saber o momento certo de falar. Além de constarem da sintomatologia própria ao TDAH, os sinais de hiperatividade e déficit de atenção são revelados por quase todos os pareceres dos professores do Colégio de Aplicação, tanto da 6ª (sexta) como da 5ª (quinta) Série do Ensino Fundamental.

Deste modo, considero que a questão sob exame não é exatamente a verificação da condição médica do adolescente P.M.C.S., que não cabe ao magistrado e já foi objeto de laudos especializados. O problema situa-se em como resolver determinada situação pedagógica que, por sua natureza administrativa, repercute no plano jurídico e implica o direito de acesso dos representantes do adolescente ao Poder Judiciário.

Como bem registrado em diversos documentos no curso do processo, P.M.C.S. foi reprovado nos 2 (dois) Conselhos de Classe Promocionais ao final do ano letivo de 2005, no Colégio de Aplicação da UFPE. Tanto no primeiro, ordinário, como no segundo, realizado sob reivindicação da família, os professores entenderam que o adolescente não desenvolveu todos os conceitos ou competências exigidas na 6ª (sexta) Série, pelo que seria inadequada, do ponto de vista pedagógico, sua promoção ao nível educacional seguinte.

A situação mais grave ocorreu na disciplina de Matemática, dirigida pelo Prof. Dr. Marcelo Câmara dos Santos. Transcrevo, para um maior esclarecimento, seu parecer desfavorável:

1) O aluno demonstra grande dificuldade em realizar as atividades solicitadas na disciplina, sejam aquelas realizadas em classe, sejam aquelas solicitadas para casa. O

número excessivo de faltas, aliado ao pouco empenho do aluno em cumprir os horários de chegada em sala de aula, não permitiu que a avaliação da etapa fosse realizada de forma eficaz.

2) O excessivo número de faltas e atrasos continua prejudicando de maneira importante as aprendizagens do aluno. Na etapa, demonstrou dificuldades no trabalho com os números negativos, particularmente com as operações envolvendo parênteses. É preciso, também, para que o aluno consiga superar suas dificuldades, um maior empenho no cumprimento das tarefas solicitadas pelo professor.

3) O aluno pouco tem feito para modificar seu comportamento em sala de aula. Apesar de ter iniciado a etapa “com um caderno de matemática”, ele foi rapidamente “desaparecido”, assim como o livro didático, o lápis, a borracha, etc. O pouco empenho na realização das atividades propostas também pode estar contribuindo significativamente para o baixo rendimento do aluno na disciplina. Na etapa, o aluno apresentou dificuldades conceituais importantes em todos os conteúdos trabalhados, como, por exemplo, nas regras de sinais das operações com os números negativos, na resolução de expressões numéricas, no trabalho com o sistema de coordenadas cartesianas, com a resolução de problemas envolvendo a proporcionalidade, na passagem da linguagem natural para a linguagem simbólica algébrica, etc.

4) Apesar de ser possível perceber um certo esforço do aluno, embora ainda bastante tímido, na direção de um maior comprometimento com a atividade matemática, ainda são bastante grandes as dificuldades demonstradas pelo aluno. Apresenta sérias deficiências em todos os conteúdos trabalhados na etapa, particularmente na resolução de equações do primeiro grau, conceito essencial para a construção dos conceitos da série seguinte.

Demonstrou um rendimento insuficiente durante todo o ano letivo, não conseguindo realizar as aprendizagens necessárias. É preciso ressaltar que a aquisição eficiente dos conceitos e habilidades em matemática está fortemente associada à necessidade de investimento pessoal por parte do aluno, particularmente em relação à sua responsabilidade no processo de ensino-aprendizagem, o que não foi efetivado pelo aluno durante todo o ano letivo de 2005.

A partir do exposto acima, sou de parecer que o aluno não

deve ser promovido para a sétima série, em razão do grande acúmulo de deficiências, por parte do aluno. É preciso salientar que, na sétima série, o trabalho com os conteúdos matemáticos depende de mínimas construções dos conceitos de equação e de números inteiros. A falta de uma habilidade consistente no trabalho com esses conteúdos pode inviabilizar futuras aprendizagens.

Encaminhamentos junto ao Conselho de Classe:

1) A família deve ser chamada com o objetivo de buscar mecanismos que resolvam os problemas de assiduidade e pontualidade do aluno, sob o risco de sérios problemas em seu processo de aprendizagem.

2) É importante um contato do SOE com a família do aluno, buscando superar as excessivas faltas e atrasos, sob o risco de comprometer seriamente as aprendizagens do aluno.

3) É imperativo um trabalho junto à família do aluno, na medida em que dificilmente o trabalho exclusivo da sala de aula será capaz de resolver os sérios problemas de aprendizagem do aluno, o que poderá inviabilizar as suas aprendizagens futuras.

4) É imprescindível que, no próximo ano letivo, o aluno seja acompanhado permanentemente, não somente pelos professores, mas também pela escola e pela família, buscando superar as dificuldades apresentadas no ano letivo de 2005. (Fls. 133/134)

Em resposta a ofício enviado pelo Coordenador Geral do Colégio de Aplicação, o Prof. Dr. Marcelo Câmara esclarece que a situação do aluno P.M.C.S. foi relatada em todos os Conselhos de Classe durante o ano e transcrita nos pareceres parciais, mas a família não procurou resolver o problema do modo devido (fls. 266/276).

Os demais pareceres são igualmente desfavoráveis e, mesmo quando opinam pela aprovação com ressalvas, mencionam o comportamento agitado e instável de P.M.C.S. no desenvolvimento das atividades pedagógicas (fls. 131/140).

Ocorre que, como é revelado por declaração da Professora de Matemática Lúcia de Fátima Durão Ferreira, o Serviço de Orientação Educacional do Colégio de Aplicação sabia que P.M.C.S. era portador de TDAH desde 2004, quando cursava a 5ª (quinta) Série

(fl. 293). Não obstante a validade dessa declaração, prestada em 2006, não há qualquer registro de hiperatividade no parecer formulado pela docente ao final do ano letivo de 2004 (fl. 141).

Por outro lado, as pedagogas Edite Alves Bezerra de Lima e Maria Letícia Leocádio Silva Cavalcanti e o psicólogo Paulo Emílio Macedo Pinto, lotados no SOE do Colégio de Aplicação, informam em petição administrativa que os pais do aluno P.M.C.S. nunca entregaram qualquer laudo médico comprobatório da patologia, não enviaram atestados que justificassem as faltas, não verificaram anotações na agenda nem colaboraram para o processo de aprendizagem. Além disso, alegam que P.M.C.S. já havia sido aprovado com várias restrições na 5ª (quinta) Série, e que o adolescente, em entrevista particular, queixou-se de ausência afetiva pelo lado paterno, fato supostamente admitido pela genitora (fls. 283/284).

Constata-se, portanto, um dilema quase insuperável entre as versões da escola e da família sobre o conhecimento da patologia psiquiátrica de P.M.C.S. e, ainda, da possibilidade de sua promoção para a 7ª (sétima) Série. Ressalto, por oportuno, que os agravantes colocaram declarações dos Professores de Matemática Lucivaldo Amaro dos Santos e Antônio Roberto Leite de Lima, externos ao Colégio de Aplicação, que atestam o cumprimento dos conteúdos programáticos da 6ª (sexta) Série (fl. 336/337).

Em face de tal impasse, e à impossibilidade do Poder Judiciário deliberar sobre aspectos ínsitos à atividade pedagógica, máxime quando relacionada à área da educação fundamental, resolvo liminarmente o conflito pelo acolhimento do parecer do Professor Doutor Francisco José de Lima, Coordenador do Centro de Estudos Inclusivos da UFPE (fls. 153/217), com o temperamento que o caso exige, já que a referida peça vai além dos limites em que foi posta a lide, sugerindo intervenções que não são próprias a uma ação ordinária de interesse individual como a que deu origem ao presente recurso e servindo, quiçá, de ânimo para uma ação civil pública em busca de preceito cominatório para que a UFPE venha a adequar a sua atuação na área de educação fundamental aos preceitos trazidos no parecer.

No documento de 64 (sessenta e quatro) laudas, o referido especialista em pedagogia para a inclusão no ambiente escolar

afirma que, no caso, a melhor saída é a promoção do aluno P.M.C.S., com o devido acompanhamento especial. O Professor Francisco Lima afirma taxativamente que o portador de TDAH é destinatário das normas que garantem a educação adequada a necessidades especiais, e que não pode ser considerado como “anormal”, “deficiente mental” ou “retardado”.

Baseia-se, quanto a isso, na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência e nos arts. 206, I, e 208, III, da Constituição Federal, de seguinte teor:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetiva mediante a garantia de: (...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

(...)

Além disso, menciona a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), que, em seu art. 12, V, afirma:

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de: (...)

V - prover meios para a recuperação dos alunos de menor rendimento;

(...)

Apresenta, desde logo, sua conclusão:

Temos clareza solar de que não há alternativa que melhor beneficie o aluno acadêmica, psicológica e socialmente, outra que não a de sua progressão para a 7ª Série. Com efeito, o contrário disso, sua retenção na 6ª Série, poderá implicar em danos irreparáveis à sua formação acadêmica, cidadã e de pessoa com deficiência, uma vez que lhe minará a autonomia e sua auto-estima.

Acorde com o postulado pelo jovem aluno, representado por seus pais, entendemos que seria uma afronta ao de-

creto supracitado, à nossa Constituição Federal, a qual detém as garantias retromencionadas, e preserva os direitos sociais fundamentais, explicitados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, reter o aluno P.M.C.S. em uma série escolar, quando lhe é de direito e tratamento desigual para igualá-lo em justiça, que, no caso em tela, significa estar na 7ª Série do Ensino Fundamental, estudando com igualdade de condições e oportunidade de acesso aos níveis superiores de sua formação.

Para que isso ocorra, isto é, para que o jovem P.M.C.S. seja tratado diferentemente, porém sem privilégios, entendemos a necessidade de:

1 - que o aluno P.M.C.S. seja integrado à 7ª Série do ensino fundamental, imediata, liminar e incondicionalmente;

2 - que o Colégio de Aplicação indique um profissional (professor) para acompanhamento pedagógico para o aluno P.M.C.S. com vistas a suprir-lhe as perdas escolares decorrentes de sua ausência nas aulas, ocasionadas pelo impedimento a ele imposto de freqüentar a 7ª Série do ensino fundamental;

3 - que os professores de educação física e de matemática sejam notificados de que, se promoverem ações passíveis de serem tidas como de assédio moral, coação ou qualquer tipo de constrangimento direto ou indireto, de discriminação ou de restrição de direitos fundamentais, sociais e outros contra o aluno P.M.C.S., estarão sujeitos a punições penais, cíveis e administrativas;

4 - que todos os professores e demais atores envolvidos, direta ou indiretamente, na educação de P.M.C.S. sejam notificados de que, de acordo com o Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001 (que promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência), constitui discriminação toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais, logo, não podendo o aluno P.M.C.S. sofrer nenhum tipo de exclusão ou restrição baseada em sua deficiência;

5 - que os professores e demais atores envolvidos na edu-

cação de P.M.C.S., no Colégio de Aplicação da Universidade Federal de Pernambuco, recebam a informação de que o jovem aluno P.M.C.S. tem TDAH (Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade), mas que, por isso, não deve sofrer nenhum tipo de constrangimento ou tratamento descortês, degradante, desumano, discriminatório, de exclusão ou restrição, baseados em sua deficiência (TDAH);

6 - que todos os envolvidos com a educação do aluno P.M.C.S. recebam informações sobre a real natureza do quem vem a ser TDAH e as possibilidades educacionais, sob a égide de uma educação inclusiva, respeitosa dos direitos e das potencialidades da pessoa humana;

7 - que os professores de Matemática e de Educação Física façam/recebam, em caráter prioritário e imediato, capacitação para uma educação inclusiva, respeitosa da pessoa com deficiência, de acordo com suas peculiaridades e necessidades educacionais especiais, também com vistas a promoverem, em suas aulas, o desenho universal que garanta a educação com qualidade e igualdade de condições e oportunidade de acesso ao conhecimento e ao desenvolvimento pessoal de todos os alunos, inclusive dos com TDAH e outras deficiências;

8 - que todos os professores do aluno recebam capacitação para o ensino de alunos com deficiência, imediata e adequada, de sorte a poderem estar capacitados a promover aulas com desenho universal, sem barreiras atitudinais que coloquem o aluno P.M.C.S. ou outro aluno em situação de constrangimento, degradação, desrespeito, exclusão ou restrição baseados em deficiência, resquício de deficiência, história de deficiência ou outra característica que, porventura, coloque o aluno em grupos vulneráveis;

9 - que as necessidades educacionais, relacionadas ou não à patologia apresentada pelo aluno, sejam comunicadas aos pais do jovem P.M.C.S., por escrito, detalhada e imediatamente após ser detectada, incluindo, nessa comunicação escrita, quais ações serão tomadas para responder às necessidades educacionais apresentadas pelo aluno. (Fls. 164/167)

Sobre a relação entre o TDAH, o processo cognitivo e a prática educacional do Colégio de Aplicação, ressalta:

Ora, como é sabido, TDAH interfere diretamente no comportamento do indivíduo, colocando este, muitas vezes, em destaque perante os demais. É sabido que os alunos, como qualquer outra pessoa, não são iguais entre si, que a homogeneidade de uma classe de aula é falácia, na qual só acreditam os menos avisados e os professores mal qualificados para o ensino que respeite as diferenças, a diversidade humana, a heterogeneidade dos alunos. Portanto, o aluno P.M.C.S. não deixa de ser normal pelo fato de ter TDAH, mas é diferente de cada um de seus colegas, porque cada um de seus colegas é diferente dele, visto que todos são pessoas humanas. Entretanto, P.M.C.S. tem TDAH e, portanto, merece tratamento, consoante sua necessidade educacional específica, o que inclui ser avaliado desigualmente, de modo a ser igualado em condições, oportunidades e qualidade de ensino.

(...)

Ora, uma escola que se preste, como um Colégio de renome e que se intitula de vanguarda e de “aplicação”, deveria ter tomado esse conhecimento em consideração e ter feito um trabalho de inclusão com seus professores, de modo a capacitá-los a educar a todos e não a uns poucos (alunos virtuais, programados para responder da maneira e no tempo que seus professores desejam).

Não tendo, contudo, ensinado a turma toda, deixando o aluno P.M.C.S. de fora, o Colégio de Aplicação o diferenciou, excluiu-o, tendo-o feito por discriminação, baseada em sua deficiência. O colégio posou como excludente e não como escola inclusiva. (Fls. 169/172)

O parecerista põe em segundo plano as exigências pedagógicas da Professora de Educação Física (fl. 173), e continua a fundamentar sua opinião:

Ora, nenhum dano sofrerá a escola, caso venha a autorizar o aluno a frequentar a 7ª Série de seu curso, junto de seus colegas do ano letivo anterior, enquanto a escola busca se adequar para responder às necessidades pedagógicas do aluno, por exemplo, oferecendo aos seus professores curso de capacitação em educação inclusiva, educação que promova o respeito à diversidade humana dentro da sala de aula e na escola como um todo.

Nenhum dano sofrerá a escola, pelo contrário, terá a oportunidade de rever suas estratégias educacionais e de ava-

liação que, como fica patente no caso em tela, exclui por conta da deficiência, de uma discriminação baseada em deficiência, o TDAH. Mas, por que a escola não revê sua posição, evitando que o aluno continue a perder aula e ficar sem os conteúdos da Sétima Série, onde deve estar? Sofrerá a escola se reconhecer o direito do aluno a uma educação inclusiva, ou sofrerá o aluno com uma posição excludente da escola?

Certamente será o aluno que sofrerá os erros de seus professores. Com efeito, ele já está sofrendo acadêmica e psicologicamente. Acadêmica, porque vem estando fora da escola, portanto perdendo conteúdos escolares da 7ª Série, uma vez que não se sente bem em ir para o Colégio que o injustiçou e frustrou-lhe o desejo de estudar com seus colegas. Psicologicamente, sua perda é notória, quando, mesmo gostando de aprender, ir às aulas, estudar e estar com seus colegas, o jovem aluno P.M.C.S. recusa-se ir para escola, alegando sentir-se injustiçado e discriminado por seus professores que o reprovaram de ano, apesar de seu desempenho. (Fls. 175/176)

O Professor Francisco Lima, ao defender a necessidade de um regime de educação especial para P.M.C.S., faz duras críticas ao corpo docente do Colégio de Aplicação. Defende, em síntese, a tese de que a instituição não pode cobrar aquilo que não ofereceu a contento; por essa razão, é obrigada a admitir a progressão do aluno. Novamente, reporto-me ao parecer do especialista:

O Colégio de Aplicação fez isso [proporcionar a referida educação especial]? Não, não e não! E se não fez, como querem os professores de P.M.C.S. impedi-lo de estudar na 7ª Série do ensino fundamental, junto com seus colegas, com os quais, no ano letivo anterior, estudou?

(...)

Contudo, o que se vê no Colégio de Aplicação da Universidade Federal de Pernambuco é o esforço corporativista de professores coordenadores e direção da escola, a fim de resistirem à inclusão do aluno, mais ainda, é o esforço dos atores de educação do colégio com vistas a perpetuar a exclusão do aluno, baseada em sua deficiência, visto que seus professores o retiveram na 6ª Série, o Conselho manteve tal exclusão e o coordenador e o diretor da escola não reverteram a exclusão a que foi submetido o jovem

P.M.C.S., por conta de sua deficiência, expressada em seu comportamento, o qual, como sabemos é típico de “portador” de TDAH.

(...)

Do que se depreende, se explicita e ressalta aqui, para efeito de garantir o direito do aluno P.M.C.S. de estudar na 7ª Série do ensino fundamental, é uma de suas características, qual seja, a de ele ter TDAH. Entretanto, o P.M.C.S. é um garoto íntegro, inteligente, polido e gentil e tudo mais que compõe o seu todo de pessoa humana. Logo, tendo de ser visto como um todo e não unicamente como a substantivação de uma única de suas idiossincrasias, o TDAH.

(...)

Em outras palavras, os conteudistas, professores filhotes de modelos autoritários de educação para os quais o aluno, ou respondia à maneira do professor ou seria reprovado, ainda estão entre nós, e suas atitudes permeiam nossas escolas. Exemplo disso é reprovar um aluno, baseado em sua deficiência ou em comportamento que desagrade aos defensores do modelo educacional acima descrito, e que, numa figura de linguagem, podem ser definidos como aqueles fumantes, cujo hábito é tão antigo que o cigarro já lhe impregnou a pele, penetrou-lhe nos pulmões, contaminou-lhe o sangue, enfumaçou-lhe o cérebro, turvou-lhe o entendimento e deixou-lhe com a marca do hábito nas mãos, nas roupas, na alma. E isso não só fez mal àqueles fumantes (os professores), mas, continua fazendo aos que com eles têm contato, a quem deles se aproxime, ou por eles passe.

Desses educadores do passado, hoje ainda se vê a fedentina do cigarro sujando nosso sistema educacional, como um cinzeiro cheio de bitas de cigarro que emporcalha a mesa onde se encontra. (Fls. 182/187)

Embora não atue na área específica de Matemática ou qualquer das disciplinas sob exame, há também reprovação severa do Prof. Dr. Francisco Lima quanto aos prognósticos e avaliações dos docentes do Colégio de Aplicação sobre P.M.C.S., especialmente quanto ao trabalho desenvolvido pelo Prof. Dr. Marcelo Câmara:

Assim, em que pese o professor de Matemática entender que o aluno não deve ser promovido para a 7ª Série, em

sua fundamentação ele afirma que “é preciso salientar que, na Sétima Série, o trabalho com os conteúdos matemáticos depende de mínimas construções dos conceitos de equação e de números inteiros. A falta de uma habilidade consistente no trabalho com esses conteúdos pode inviabilizar futuras aprendizagens”.

Tal atitude reafirma o exposto anteriormente, visto que não contemplou uma educação pertinente às necessidades de seus alunos, aqui exemplificado pelo aluno P.M.C.S., o qual sofreu as conseqüências de uma avaliação excludente.

Fica patente a postura pedagógica do docente quando o professor de Matemática enfatiza a possibilidade de haver inviabilização de futuras aprendizagens.

Ora, além de demiurgos, os professores do CAp são adivinhos também?

(...)

Em 2006, no Colégio de Aplicação, querem os professores do P.M.C.S. promover um apartheid “comportamental e meritocrático” discriminando e excluindo o jovem aluno baseado em deficiência, simplesmente porque ele é um garoto com TDAH.

Sim, os professores do P.M.C.S. não vêem a pessoa humana que tem TDAH, assim como os brancos na África do Sul não viam a pessoa humana naqueles que tinham cor de pele negra. (Fls. 196/198)

Por fim, conclui o parecerista:

(...) Aceitar a reprovação do aluno é aceitar a segregação da pessoa com deficiência; é adotar a prática de discriminação como ato educacional; denegar às crianças e adolescentes o direito de serem educados com o conceito de cidadania e dignidade defendidos por nossa Carta Magna; antes que tudo isso ocorra, é inadmissível reprovar o jovem aluno com deficiência que conta apenas com 14 anos de vida. (Fl. 216)

Destaque-se que, quando da apreciação do pedido de liminar, sediado no agravo de instrumento manejado pelos agora também recorrentes, não tinha ficado suficientemente claro o rol de argumentos acima enfrentados, o que decerto levou ao insucesso o pleito de tutela de urgência em caráter substitutivo daquela outra indeferida no juízo de primeiro grau. O mesmo não pode ser dito da atual fase do recurso. Com o advento do agravo regimental,

cuidou a parte de trazer à baila, de forma mais detalhada e clara, os elementos que dão sede à presente revisão. Muito destaque merece, inclusive, o trecho do pedido de fl. 291, onde os agravantes pedem que, na tutela ora em curso, seja “determinado à UFPE que anule a decisão que negou promoção de série no ensino fundamental ao menor impúbere”.

Com efeito, ao deferir o pedido dos agravantes, não estará o Judiciário atuando em substituição à Administração-Escola. Tão-só, com todas as forças de reversibilidade e provisoriedade ínsitas a uma medida de urgência, determinará que a instituição agravada dê cumprimento às suas próprias diretrizes, reinterprestando e pon-do em prática os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da isonomia (CF, art. 5º, com o temperamento de isonomia *real*, já tão apregoada por Platão e por Ruy Barbosa – tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais). Para tanto, por imposição jurisdicional, terá a Administração-Escola o indicativo do parecer do Professor Doutor Francisco José de Lima, Coordenador do Centro de Estudos Inclusivos da própria UFPE (fls. 153 a 217), utilizando-o, é óbvio, apenas nas partes que dizem respeito ao caso individual do menor P.M.C.S.

Com estes fundamentos, e tomando em consideração que o ano letivo de 2006 no Colégio de Aplicação iniciou-se apenas neste 2º semestre, dou provimento, em termos, ao agravo regimental, para determinar à agravada que anule a avaliação realizada e promova outra, objetivando a apuração do aproveitamento escolar do menor P.M.C.S., não de forma retilínea, como o faz com todos os demais alunos que não padecem de transtornos psiquiátricos, mas sim com o balanceamento de quem está tratando um adolescente portador do distúrbio diagnosticado como Transtorno de Atenção e Hiperatividade (TDAH), a quem a própria escola negligenciou um atendimento adequado, tudo nos termos suso alinhados e em tempo hábil para viabilizar o regular curso do aluno nas atividades escolares, mirando obediência ao princípio da proteção integral, orientador do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.068/90), e sempre com as cautelas descritas às fls. 165/167 dos autos.

Retifique-se a autuação, para que o recurso seja processado sob sigilo de justiça.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.122-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE
(CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: ONACI CARNEIRO VAZ E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. ROGER SALES SOBRINHO E OUTROS
(APTE.) E JOSÉ TARCÍSIO JERÔNIMO E OUTROS
(APDOS.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. EMPRESARIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. AÇÃO ORDINÁRIA. PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE CONEXÃO COM EXECUTIVOS FISCAIS REJEITADAS. CONDIÇÃO DE COOBRIGADOS NAS EXECUÇÕES FISCAIS AFASTADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA OU DE INFRAÇÃO À LEI OU AO ESTATUTO POR PARTE DOS DIRIGENTES. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

- A proposição dos embargos à execução constitui mera faculdade do devedor, o qual poderá ajuizar ação diversa a fim de promover a defesa de seus direitos e interesses, amparado pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF/88).

- A presente ação ordinária, em que os apelados pretendem a sua exclusão da relação jurídica estabelecida pelos executivos fiscais processados sob os nºs 1.557/91, 1.558/91, 1.560/91, 3.164/95 e 3.166/95, atualmente em trâmite na 8ª Vara Federal/RN, nos quais figuram como coobrigados, tem, na verdade, natureza de ação anulatória,

o que autoriza, a meu sentir, a sua interposição.
- É de elementar sabença que duas ou mais ações serão conexas apenas quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir, conforme disciplina o art. 103 do CPC.

- Assim, não se encontram configurados quaisquer desses requisitos em relação à ação ordinária, ora em análise, e as execuções fiscais suso mencionadas.

- O INSS não conseguiu demonstrar nos presentes autos qualquer ação, ou mesmo omissão, dolosa ou culposa, por parte de Onaci Carneiro Vaz e Francisco Eusamar Carneiro, capaz de provocar prejuízos, ou violadora de lei ou estatuto, quando estes exerceram, respectivamente, durante os períodos de abril/90 a dezembro/92 e de setembro/87 a janeiro/93, os cargos de Diretor-Presidente e Diretor Administrativo-Financeiro da Abatedouro Frigorífico Industrial de Mossoró S/A (AFIM S/A), sociedade de economia mista municipal.

- A necessidade de comprovação da ocorrência de qualquer dessas hipóteses decorre de previsão legal, mais precisamente, do art. 158 da Lei nº 6.404/76 e do art. 135 do CTN.

- Restou pacificado no STJ que o simples inadimplemento da obrigação tributária não configura infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, suso referido.

- A mera inclusão de Francisco Eusamar Carneiro no pólo passivo dos executivos fiscais inicialmente citados, na condição de coobrigado, não é suficiente para gerar abalo psicológico suscetível de reparação por danos morais.

- Por outro lado, em relação a Onaci Carneiro Vaz, houve a comprovação inequívoca de sua inclusão indevida em rol de inadimplentes (SERASA), bem como das conseqüências negativas advindas da irregular restrição cadastral, o

que denota a pertinência e correção do quantum arbitrado no juízo de origem, a título de danos morais, até porque fixado de forma moderada, não significando enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, e em conformidade com o disposto no art. 37, § 6º, da CF/88.

- Precedentes do STJ e desta Corte.

- Apelação do INSS e remessa obrigatória parcialmente providas, apenas para excluir a condenação da autarquia previdenciária federal no pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em favor de Francisco Eusamar Carneiro, mantendo inalterados os demais termos da sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de outubro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Convocado):

Trata-se de apelação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) interposta contra sentença, às fls. 95/104, que rejeitou a preliminar de inadequação da via eleita, e que determinou a exclusão de Onaci Carneiro Vaz e Francisco Eusamar Carneiro do pólo passivo (coobrigados) dos feitos executivos processados sob os nºs 1.557/91, 1.558/91, 1.560/91, 3.164/95 e 3.166/95, atualmente

em trâmite na 8ª Vara Federal/RN, condenando a autarquia ré no pagamento de indenização por danos morais aos autores, ora apelados, em virtude do primeiro ter sido incluído, indevidamente, como coobrigado nos feitos executivos acima referidos, bem como em cadastros de restrição ao crédito, e do segundo ter sido alçado, indevidamente, à condição de coobrigado nas citadas execuções, sendo a reparação fixada no valor de R\$ 16.765,20 (dezesesseis mil, setecentos e sessenta e cinco reais e vinte centavos) para Onaci Carneiro Vaz, e de R\$ 8.382,60 (oito mil, trezentos e oitenta e dois reais e sessenta centavos) para Francisco Eusamar Carneiro, tudo acrescido de correção monetária e juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação. Outrossim, o INSS ainda restou condenado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor apurado na execução, até a data da conta, inclusive.

Em suas razões recursais, às fls. 106/115, o apelante renovou a preliminar de inadequação da via, bem como suscitou a possibilidade de conexão deste feito com as execuções fiscais suso mencionadas. No mérito, a autarquia previdenciária afirmou que o vertente caso não comportaria a inversão do ônus da prova, uma vez que caberia aos apelados comprovarem, pelo Estatuto Social, que não eram responsáveis pelo recolhimento do tributo discutido nas execuções fiscais referidas. Alegou, ainda, que a responsabilidade dos dirigentes, na condição de coobrigados, decorreria de infração de lei, tudo com base no art. 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN), c/c arts. 4º da Lei nº 6.830/80, e 138, 153, 154, 158 da Lei nº 6.404/76, prequestionando os citados dispositivos. No que pertine à indenização, aduziu que não poderia ser responsabilizado, uma vez que apenas cumprira a lei, ao considerar os apelados coobrigados. Ademais, defendeu a tese de que os danos não restaram comprovados e, caso provado o prejuízo, a indenização deveria ter sido determinada de forma moderada, evitando-se assim o enriquecimento ilícito de uma das partes. Ao final, pugnou pela reforma da sentença, com a inversão do ônus da sucumbência.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Relator Convocado):

Inicialmente, não há como prosperar a preliminar de inadequação da via eleita, suscitada pelo INSS. Explico. Como bem discorreu o Juízo de 1º grau, à fl. 96, a proposição dos embargos à execução constitui mera faculdade do devedor, o qual poderá ajuizar ação diversa a fim de promover a defesa de seus direitos e interesses, amparado pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF/88). Ademais, a presente ação ordinária, em que os apelados pretendem a sua exclusão da relação jurídica estabelecida pelos executivos fiscais processados sob os nºs 1.557/91, 1.558/91, 1.560/91, 3.164/95 e 3.166/95, atualmente em trâmite na 8ª Vara Federal/RN, nos quais figuram como coobrigados, tem, na verdade, natureza de ação anulatória, o que autoriza, a meu sentir, a sua interposição.

Por sua vez, também cai por terra a alegação de conexão aduzida pela autarquia previdenciária nas suas razões recursais. É de elementar sabença que duas ou mais ações serão conexas apenas quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir, conforme disciplina o art. 103 do CPC. Assim, não se encontram configurados quaisquer desses requisitos em relação à ação ordinária, ora em análise, e as execuções fiscais suso mencionadas. Outrossim, diante das informações prestadas pelo Juízo da 8ª Vara Federal/RN à fl. 127, verifico que não houve a interposição de embargos do devedor ou de execução de pré-executividade por parte de Onaci Carneiro Vaz e Francisco Eusamar Carneiro, o que fortalece ainda mais o não acolhimento da prefacial de conexão suscitada pelo INSS.

Cito os seguintes precedentes, a fim de robustecer o meu entendimento sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Inexiste, *in casu*, conexão. **A melhor doutrina, aliás, com espeque em sólida jurisprudência, é a que so-**

mente vê caracterizada a conexão entre a ação anulatória e os embargos à execução. Tratando-se de execução não embargada, não tem lugar a conexão.

2. O instituto da conexão objetiva inibir decisões conflitantes, daí porque implica a reunião dos feitos conexos no mesmo juízo. Ora, em execução não há decisões. Logo, não se há falar em conexão.

3. Agravo de instrumento provido. (Negritei)

(TRF 5ª REGIÃO - AG 52416 - UF: RN - Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ: 14/06/2004, Página: 765 - Relator(a): Des. Federal Paulo Machado Cordeiro - Decisão: Unânime).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO.

- Não há conexão entre a ação anulatória de débito fiscal e a respectiva execução fiscal, quando não opostos os embargos à execução.

- À mingua dos embargos, a execução prossegue, evidenciando não haver prejudicialidade em relação à ação anulatória, mormente em face da inexistência de prévia garantia da dívida.

- Competência do juízo suscitado. (Negritei)

(TRF 5ª REGIÃO - CC - Conflito de Competência - 589 - UF: PB - Órgão Julgador: Pleno - DJ: 16/07/2003, Página: 419 - Relator(a): Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima - Decisão: Por maioria).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. DEPÓSITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. RECURSO IMPROVIDO.

- Entre a execução fiscal e a ação anulatória de débito fiscal, somente dá-se a conexão quando o devedor oferece embargos à execução, posto que estes têm o caráter cognitivo. Impossibilidade de conexão somente entre anulatória e execução fiscal. Precedentes do e. STJ.

- Para que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário, a partir do ajuizamento de ação anulatória, deve o proponente efetuar o depósito de que cuida o art. 38 da Lei nº 6.830/80.

- Agravo de instrumento improvido. (Negritei)

(TRF 5ª REGIÃO - AG 13018 - UF: PE - Órgão Julgador:

Superadas as preliminares, passo agora a apreciar o mérito.

O cerne da presente demanda consiste em verificar se Onaci Carneiro Vaz e Francisco Eusamar Carneiro devem ou não figurar como coobrigados (co-responsáveis) nas execuções fiscais acima referidas.

Ora, a meu ver, não merece ser acolhida a pretensão de manter os apelados, na condição de coobrigados, no pólo passivo dos executivos fiscais, em trâmite na 8ª Vara Federal/RN, sob os nºs 1.557/91, 1.558/91, 1.560/91, 3.164/95 e 3.166/95, defendida pela autarquia previdenciária nas razões de seu apelo. Explico. O INSS não conseguiu demonstrar nos presentes autos qualquer ação, ou mesmo omissão, dolosa ou culposa, por parte de Onaci Carneiro Vaz e Francisco Eusamar Carneiro, capaz de provocar prejuízos, ou violadora de lei ou estatuto, quando estes exerceram, respectivamente, durante os períodos de abril/90 a dezembro/92 e de setembro/87 a janeiro/93, os cargos de Diretor-Presidente e Diretor Administrativo-Financeiro da Abatedouro Frigorífico Industrial de Mossoró S/A (AFIM S/A), sociedade de economia mista municipal. A necessidade de comprovação da ocorrência de qualquer dessas hipóteses decorre de previsão legal, mais precisamente do art. 158 da Lei nº 6.404/76 e do art. 135 do CTN, abaixo transcritos, a fim de facilitar o entendimento a respeito do tema:

(...)

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; **responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:**

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

(...)

(...)

Art. 135. **São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou**

infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - **os diretores**, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

Outrossim, restou pacificado no STJ que o simples inadimplemento da obrigação tributária não configura infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, suso referido. Convém ainda destacar que Onaci Carneiro Vaz e Francisco Eusamar Carneiro não compunham o quadro societário da AFIM S/A, conforme se depreende da análise das cópias do Estatuto Social e da Ata da Assembléia Geral de Constituição da AFIM S/A, às fls. 43/45 e 46/49, ficando a sua atuação/gestão submetida à orientação e ditames do acionista majoritário, no caso, a Prefeitura Municipal de Mossoró/RN, e à fiscalização do próprio Conselho de Administração, como acertadamente destacou a Juíza *a quo* à fl. 97.

Colaciono os seguintes precedentes, a fim de lastrear, por semelhança, o meu posicionamento sobre a matéria:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE. SÓCIO-GERENTE. REDIRECIONAMENTO DO EXECUTIVO. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO FISCO DE VIOLAÇÃO DA LEI. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.

2. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso

de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal, por meio de redirecionamento da execução fiscal.

4. “A responsabilidade tributária substituta prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial depende da prova, a cargo da Fazenda Estadual, da prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato e da incapacidade da sociedade de solver o débito fiscal.” (AgReg no AG nº 246475/DF, 2ª Turma, Relª Minª. Nancy Andrichi, DJ de 01/08/2000)

5. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Na via especial não há campo para se revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, nos termos da Súmula nº 07/STJ.

6. Precedentes das egrégias 1ª Seção e 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior.

7. Agravo regimental não provido. (Negritei) (STJ - AGRESP 834404 - UF: RS - Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - DJ: 31/08/2006, Página: 260 - Relator(a): Min. JOSÉ DELGADO - Decisão: Unânime).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA. EXTINÇÃO. LEI 8.212/91. CONTRIBUIÇÃO AO SENAR. AUTONOMIA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. SUBJETIVA. ART. 135, III, DO CTN. ACÓRDÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. VALIDADE DA CDA. SÚMULA 283/STF. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA Nº 83/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RETIFICAÇÃO.

1. (...).

2. (...).

3. O simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN. Entretanto, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias quando há dissolução irregular da socie-

dade ou se comprova a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos. Hipótese inexistente no caso dos autos.

4. (...).

5. (...).

6. (...).

7. (...)

8. Recurso especial interposto pelo INSS improvido. Recurso especial interposto por Casagrande Veículos Ltda. e Luiz Antônio Casagrande conhecido, em parte, e provido. (Negritei) (STJ - REsp 673432 - UF: RS - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - DJ: 13/06/2005, Página: 263 - Relator(a): Min. CASTRO MEIRA - Decisão: Unânime).

Por outro lado, no que pertine ao pagamento de indenização por danos morais, tenho que o apelo do INSS e a remessa oficial merecem parcial provimento, a fim de afastar apenas a reparação extrapatrimonial relativa a Francisco Eusamar Carneiro, visto que não foi demonstrada, nos autos, a sua inscrição indevida em cadastro de restrição ao crédito, o que, por si, só bastaria para a configuração dos danos morais. A meu sentir, a mera inclusão de seu nome no pólo passivo dos executivos fiscais inicialmente citados, na condição de coobrigado, não é suficiente para gerar abalo psicológico suscetível de reparação por danos morais.

Com efeito, em relação a Onaci Carneiro Vaz, entendo que o mesmo conseguiu comprovar, inequivocamente, sua inclusão indevida em rol de inadimplentes (SERASA), bem como as consequências negativas advindas da irregular restrição cadastral, o que denota a pertinência e correção do *quantum* arbitrado, a título de danos morais, até porque fixado de forma moderada, não significando enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, e em conformidade com o disposto no art. 37, § 6º, da CF/88. Cito mais este precedente, a corroborar o meu entendimento sobre o assunto:

CIVIL. INSCRIÇÃO EQUIVOCADA DE DÍVIDA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL.

1. O dano moral, em face de sua subjetividade, se presume com a ocorrência do ilícito, eis que não há como ser provado. Assim, a inserção indevida do

nome do autor no cadastro de órgão de proteção ao crédito, por si só, caracteriza a ocorrência do dano.

2. Para a determinação do valor da indenização por danos morais deve o órgão julgador considerar a repercussão do fato e as circunstâncias em que o mesmo ocorreu.

3. Apelações improvidas. (Negritei) (TRF 5ª REGIÃO - AC 258552 - UF: RN - Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ: 13/11/2002, Página: 1214 - Relator(a): Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima - Decisão: Unânime).

Desse modo, afasto a alegação de afronta aos arts. 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN), 4º da Lei nº 6.830/80 e 138, 153, 154, 158 da Lei nº 6.404/76, visto que não demonstradas pelo INSS, como dito, qualquer ação, ou mesmo omissão, dolosa ou culposa, por parte de Onaci Carneiro Vaz e Francisco Eusamar Carneiro, capaz de provocar prejuízos, ou violadora de lei ou estatuto, quando estes exerceram, respectivamente, durante os períodos de abril/90 a dezembro/92 e de setembro/87 a janeiro/93, os cargos de Diretor-Presidente e Diretor Administrativo-Financeiro da Abatedouro Frigorífico Industrial de Mossoró S/A (AFIM S/A), sociedade de economia mista municipal.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa obrigatória apenas para excluir a condenação da autarquia previdenciária federal no pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em favor de Francisco Eusamar Carneiro, mantendo inalterados os demais termos da sentença recorrida.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 318.061-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ EVALDO DE SOUSA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRA. MARIA DE FÁTIMA SILVEIRA PEREIRA
(APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. ELETRICISTA E TECELÃO. CONVERSÃO DO TEMPO PARA COMUM. POSSIBILIDADE. DECRETO 3.048/99 C/C O DECRETO 4.827/2003. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. REQUISITOS ANTES DA VIGÊNCIA DA EC 20/98. JUROS DE MORA. VERBA ALIMENTAR.

- As atividades desempenhadas pelo apelado não estão dentre aquelas sujeitas, por expressa determinação legal, à aposentadoria especial. Do conjunto probatório acostado aos autos – laudo técnico e formulário do INSS com informações das atividades exercidas, observa-se que os trabalhos exercidos estavam sujeitos às condições especiais, devendo ser admitidas como válidas e suficientes para fins de atestar o trabalho em condição especial.

- A Lei nº 9.711, de 20.11.1998, bem como o Regulamento Geral da Previdência Social, Decreto nº 3.048, de 06.05.1999, em seu art. 70, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.827, de 03.09.2003, resguardaram o direito adquirido de os segurados terem convertido o tempo de serviço especial em comum, em qualquer período, observada para fins de enquadramento a legislação vigente à época da prestação do serviço.

- Será concedida a aposentadoria por tempo de serviço, de forma proporcional, onde, após a conversão do tempo especial em comum, preencher o segurado os requisitos necessários para sua

concessão antes do advento da EC 20/98.
- Consoante entendimento do c. STJ, os juros de mora em relação aos débitos previdenciários deverão incidir à razão de um por cento ao mês. (REsp 821845/SC; Recurso Especial 2006/0038150-4)
- Apelação do INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do INSS e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de setembro de 2006 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação da sentença de fls. 134/141 da lavra do MM. Juiz Federal da 10ª Vara/CE, que julgou procedente o pedido da parte, determinando ao INSS a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço de forma proporcional, a contar da data do requerimento administrativo, com as parcelas pagas em atraso corrigidas monetariamente de acordo com a Lei 6.899/81, e acrescidas de juros de mora legais no percentual de 12% ao ano, e, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, de acordo com a Taxa Selic.

Insurge-se o INSS contra a r. sentença, onde alega, em apertada síntese, que o tempo de serviço considerado como de atividade especial não se encontra provado nos autos, tendo em vista ausência de elementos capazes de inferir tal condição. Não havendo o autor demonstrado o cumprimento dos requisitos autori-

zadores para concessão do benefício até 28.04.1995, deverá ser observado o novo critério advindo com a edição da Lei 9.032/95.

Foram apresentadas contra-razões.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a este Tribunal.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A questão trazida à baila é de fácil deslinde.

O tempo de trabalho prestado nos períodos de 01/01/1975 a 01/08/1979, 01/08/1978 a 30/11/1979, 22/04/1980 a 31/03/1983 e 01/04/1983 a 15/10/1998, em que o mesmo exerceu as atividades de tecelão e de ajudante de eletricista nas empresas Quixadá Redes Ltda. e Cia. Energética do Ceará - COELCE, respectivamente, consoante demonstrado nas informações contidas nos documentos de fl. 15 e seguintes, deve ser considerado como especial.

As atividades desempenhadas pelo particular não estão dentre aquelas sujeitas, por expressa determinação legal, à aposentadoria especial. Contudo, do conjunto probatório acostado aos autos, observo que o trabalho exercido nos períodos acima referidos estava sujeito às condições especiais, onde a prova colacionada deve ser admitida como válida e suficiente para fins de atestar o trabalho submetido a agentes noviços à saúde, nos termos dos diplomas legais que regem a matéria.

Dessa forma, é possível o enquadramento do segurado como trabalhador sujeito ao tempo de atividade especial e à respectiva conversão do tempo laborado para comum, a serem computados para fins de concessão da aposentadoria proporcional, conforme fazem prova os documentos colacionados à inicial, acrescido do adicional previsto pela legislação à época.

Relevante destacar excerto da sentença que enquadrrou o autor nas legislações pertinentes:

A tese defendida na inicial, no que se refere à exposição a ruídos, está ancorada no Decreto 53.831/64, Quadro Anexo, código 1.1.6.; Decreto 83.080/79, Anexo I, código 1.1.5.; Decreto 2.172/97, Anexo VI, código 2.0.1 e Decreto 3.048/99, Anexo IV, código 2.0.1., que prevêem como agente nocivo à saúde do trabalhador, para fins de aposentadoria especial, a exposição permanente a níveis de ruído acima de 90 decibéis (com exceção do Decreto nº 53.831/64, que não fixa o nível mínimo de ruído em 80 dB). Na vigência dos Decretos nº 357/91 e nº 611/92, restabeleceu-se o Anexo do Decreto nº 53.831/64 e do Decreto 83.030/79, devendo ser aplicado o nível mínimo de ruído em 80 dB, com base na solução *pro misero*. No que se refere ao período laborado junto à COELCE em condições prejudiciais à saúde e à integridade física, este encontra embasamento no Decreto 53.831/64, Quadro Anexo, código 1.1.8., que prevê como agente a exposição permanente e habitual a tensões superiores a 250 volts. Após a vigência do Decreto 2.172/97 – que não menciona a eletricidade como condição ambiental nociva –, a exposição à eletricidade continua a ser apontada como fator de risco para o trabalhador. Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais é no sentido de se considerar como atividade nociva aquela exercida pelo trabalhador, ainda que não inscrita em regulamento, desde que comprovada.

Outrossim, o uso de equipamentos de proteção individual não é suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade, a não ser que provada a sua real efetividade por meio de perícia técnica especializada e desde que devidamente demonstrado o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho.

Acerca da possibilidade da conversão do tempo especial para comum, observo que a Lei nº 9.711/98, em seu artigo 28, bem como o Decreto Regulamentador nº 3.048/99 (art. 70, parágrafo único), resguardaram o direito adquirido dos segurados de terem convertido o tempo de serviço especial prestado sob a égide da legislação anterior em comum, em qualquer período, observados, para fins de enquadramento, os decretos então em vigor à época da prestação do serviço. As novas exigências impostas pelos arts 57 e 58 da Lei nº 9.032/95 só podem valer para o futuro, ante o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa.

Transcrevo o artigo 70 do Decreto 3.048/99, em sua redação original, e a vigente após o advento do Decreto nº 4.827, de 03.09.2003, que alterou a limitação imposta inicialmente, conforme se observa, respectivamente:

Art. 70. É vedada a conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum. Parágrafo único. O tempo de trabalho exercido até 05 de março de 1997, com efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes constantes do Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e do Anexo I do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e até 28 de maio de 1998, constantes do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha completado, até as referidas datas, pelo menos vinte por cento do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria, observada a seguinte tabela:

(...)

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela: (...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

Outra não foi a orientação do próprio Instituto, conforme leitura dos artigos 166 e 167 da Instrução Normativa nº 99/2003, que abaixo transcrevo:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 99 INSS/DC, DE 5 DE DEZEMBRO DE 2003 - DOU DE 10/12/2003. Art. 166. Somente será permitida a conversão de tempo especial em comum, sendo vedada a conversão de tempo comum em especial. Art. 167. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, conforme a legislação vigente à época

da prestação do serviço, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, qualquer que seja o período trabalhado, com base no Decreto nº 4.827, de 3 de setembro de 2003, aplicando-se a seguinte tabela de conversão, para efeito de concessão de qualquer benefício: (...).

Acerca da aposentadoria por tempo de serviço de forma proporcional, destaco a regra insculpida nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, cujo teor é o seguinte:

Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do masculino.

Art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no artigo 33, consistirá numa renda mensal de: I - para a mulher: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço;

II - para o homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço.

Com a EC 20/98, tal benefício foi extinto, garantindo-se aos segurados período de transição ao novo sistema, com a exigência do chamado “pedágio”.

Portanto, fará jus ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço, de forma proporcional, o segurado que até a data da Emenda Constitucional nº 20, 15 de dezembro de 1998, que extinguiu referida modalidade, houver completado os requisitos para sua concessão, em cumprimento ao princípio constitucional do direito adquirido.

Logrou o autor êxito em comprovar o preenchimento dos requisitos autorizadores para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço de forma proporcional, conforme se verifica abaixo:

Art. 9º Observando o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher; e II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do *caput*, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) 30 (trinta) anos, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a 40 (quarenta por cento) do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;”

Portanto, apresenta-se relevante destacar que, se o segurado, antes da edição da Emenda Constitucional 20/98 já houvesse completado trinta anos de serviço, garantida estava a obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço de forma proporcional, sem a necessidade dos acréscimos previstos pela referida emenda, nem tampouco o cumprimento do requisito idade.

Dessa forma, escoreita a decisão proferida em favor do autor, por se encontrar em consonância com o melhor direito. Neste diapasão tem se pronunciado, de forma pacífica, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS. RGPS. ART. 3º DA EC 20/98. CONCESSÃO ATÉ 16/12/1989. DIREITO ADQUIRIDO. REQUISITO TEMPORAL. INSUFICIENTE. ART. 9º DA EC 20/98. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

REGRAS DE TRANSIÇÃO. IDADE E PEDÁGIO. PERÍODO ANTERIOR E POSTERIOR À EC 20/98. SOMATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A questão posta em debate restringe-se em definir se é possível a obtenção de aposentadoria proporcional após a vigência da Emenda Constitucional 20/98, sem o preenchimento das regras de transição ali estabelecidas.

II - Ressalte-se que as regras aplicáveis ao regime geral de previdência social encontram-se no art. 201 da Constituição Federal, sendo que as determinações sobre a aposentadoria estão em seu parágrafo 7º, que, mesmo após a Emenda Constitucional 20/98, manteve a aposentadoria por idade e a por tempo de serviço, esta atualmente denominada por tempo de contribuição.

III - A Emenda Constitucional 20/98 assegura, em seu artigo 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/98.

IV - No caso do direito adquirido em relação à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho, no caso do homem, e 25 (vinte e cinco), no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda. Preenchidos os requisitos de tempo de serviço até 16/12/98, é devida ao segurado a aposentadoria proporcional, independentemente de qualquer outra exigência, podendo este escolher o momento da aposentadoria.

V - Os segurados que se encontram filiados ao sistema previdenciário à época da publicação da EC 20/98, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria – proporcional ou integral –, ficam sujeitos às normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisitos necessários antes da publicação da emenda.

VI - A referida emenda apenas aboliu a aposentadoria proporcional, mantendo-a para os que já se encontravam vinculados ao sistema quando da sua edição, com algumas exigências a mais, expressas em seu art. 9º.

VII - O período posterior à Emenda Constitucional 20/98 não poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, se não forem ob-

servados os requisitos dos preceitos de transição, consistentes em idade mínima e período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento), este intitulado “pedágio” pelos doutrinadores.

VIII - Não contando a parte-autora com o período aquisitivo completo à data da publicação da EC 20/98, inviável o somatório de tempo de serviço posterior com anterior para o cômputo da aposentadoria proporcional sem observância das regras de transição.

IX - Recurso Especial conhecido e provido. (STJ - REsp 200500186635 - (722455 MG) - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 14.11.2005 - p. 00395)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 52 DA LEI Nº 8.213/91. INSTITUIÇÃO. PERÍODO TRABALHADO. RECUSA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. RECONHECIMENTO NA VIA JUDICIAL. PROVA DOS VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98.

- O autor fez a prova de ter trabalhado, como segurado obrigatório e segurado facultativo (contribuinte individual), por período superior a 30 (trinta) anos, bem como demonstrou ter atendido à carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais. A Emenda Constitucional nº 20/98 ressalvou o direito adquirido ao benefício, aposentadoria por tempo de serviço (inclusive a proporcional), para quem preenchesse os requisitos previstos na legislação anterior. É o caso do recorrido. Em sendo a data do requerimento administrativo anterior à da edição da EC 20/98, está assegurado o direito à aposentadoria proporcional, a contar do protocolo administrativo, já que observados pelo autor os critérios fixados na norma vigente à época de seu pedido. (TRF 2ª R. - AC 2000.02.01.059607-7 - RJ - 2ª T. - Rel. Juiz Paulo Espírito Santo - DJU 03.12.2002 - p. 423)

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. DIREITO ADQUIRIDO. PERFAZIMENTO DE MAIS DE TRINTA ANOS DE SERVIÇO ANTES DE 15.12.98. COMPROVAÇÃO POR MEIOS IDÔNEOS.

1. Ação ajuizada com vistas à concessão de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, com fundamento no § 1º do art. 202 da CF/88, por entender o autor ter cumpri-

do o requisito “tempo de serviço” exigido na norma constitucional antes da EC nº 20, de 15.12.98.

2. Dispunha o § 1º do art. 202 da CF/88, anteriormente à alteração supressiva implementada pela EC nº 20/98, que “é facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher”. O art. 3º da EC nº 20/98, coerentemente com a regra do art. 5º, XXXVI, da CF/88, assegurou “a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente”.

(...) Pelo não provimento da remessa oficial. (TRF 5ª R. - REOAC 2002.83.00.001468-8 - (343425) - PE - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti - *DJU* 08.12.2004)

Os honorários advocatícios não devem ser fixados em percentuais ínfimos, a ponto de menosprezar o labor profissional do causídico. Apresenta-se razoável a condenação em honorários à razão de dez por cento sobre o valor da condenação, de acordo com os parâmetros do artigo 20, § 3º, do CPC.

Também não merece reforma a sentença que determinou o início do benefício a contar do requerimento administrativo, visto encontrar-se em consonância com a pacífica jurisprudência, que determina como marco inicial de pagamento a data do requerimento, quando existente.

Afasto, tão-somente, a aplicação dos juros de mora com base nos índices da Taxa Selic. Os mesmos deverão incidir à razão de um por cento ao mês, tendo em vista o caráter alimentar de tais parcelas, não obstante pronunciamento não unânime do c. STJ em sentido contrário, no sentido de incidir a regra inculpada na Medida Provisória nº 2.180/01, que modificou o artigo art. 1º-f da Lei nº 9.494/97, inclusive afastando-se a Taxa Selic.

Neste sentido, acompanho o precedente abaixo:

REsp 821845/SC; RECURSO ESPECIAL 2006/0038150-4.
Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão julgador:
Quinta Turma. Data do julgamento: 06/06/2006. Data da
Publicação: *DJ* 26.06.2006. P. 197.

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO. TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DEFINIDOS NA LEI 8.213/91 E EM SUAS ALTERAÇÕES POSTERIORES. APLICAÇÃO DE JUROS MORATÓRIOS NO PERCENTUAL DE 1% (UM POR CENTO).

1. Na Taxa Selic estão embutidos simultaneamente juros moratórios, juros remuneratórios e correção monetária, tornando-se inadequada para aplicar os efeitos da mora. Em assim ocorrendo, estar-se-ia penalizando o ente público em duplicidade, ocorrendo *bis in idem*.

2. Ademais, sendo uma taxa de variação mensal, torna-se inviável o seu cálculo para efeito de condenação, a qual, mormente, abrange vários anos de parcelas a serem corrigidas monetariamente.

3. A atualização dos débitos previdenciários, seguindo a pacífica jurisprudência desta Corte, deverá ser nos termos do art. 41 da Lei 8.213/91 e suas posteriores alterações.

4. Os juros moratórios, devido seu caráter alimentar, incidem no percentual de 1% ao mês, a partir da citação válida.

5. Recurso especial conhecido e provido para afastar a aplicação da Taxa Selic na atualização dos débitos previdenciários.

Posto isto, nego provimento à apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial, para afastar a incidência da Taxa Selic.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 324.403-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Apelante: CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Apelada: MARIA CLEIDE E SILVA
Advs./Procs.: DRS. FÁTIMA ELENA DE ALBUQUERQUE SILVA E OUTROS (APTE.) E SORAIA LUCAS SALDANHA (APDA.)

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. APLICAÇÃO DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SAQUES EM CONTA-POUPANÇA DE CLIENTE SEM SUA PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EXCESSIVA. REDUÇÃO.

- A responsabilidade civil da CEF pelos danos eventualmente causados aos seus clientes é de natureza objetiva, dependendo, para a sua configuração, da presença simultânea dos requisitos extraídos do art. 14 do CDC (defeito na prestação do serviço; dano patrimonial ou moral; nexo de causalidade), aplicável às instituições financeiras por força do art. 3º, parág. 2º, do Estatuto Consumerista.

- Segundo alega a apelada, a conta-poupança que possuía perante a CEF foi objeto de sucessivos saques realizados sem a sua prévia autorização, por terceiros desconhecidos; a CEF, por seu turno, indeferiu o pedido de restituição dos valores sacados da conta-poupança da apelada (R\$ 4.920,00), sob alegação de que a movimentação desses valores somente poderia ter ocorrido por quem possuísse o cartão magnético correspondente e a sua respectiva senha secreta, ambos de exclusiva responsabilidade da apelada.

- A regra do art. 333 do CPC deve ser excep-

cionada, invertendo-se o ônus da prova, dentre outras hipóteses, sempre que ao magistrado for impossível chegar a uma certeza acerca da ocorrência ou não dos fatos alegados pelo autor, sendo essa situação de dúvida absoluta (situação de inesclarecibilidade) gerada por conduta atribuível primordialmente ao réu.

- Se, por um lado, seria extremamente difícil à apelada fazer prova de que não realizou pessoalmente os saques em sua conta-poupança, não autorizou que terceiro os realizasse ou, ainda, não foi negligente ou desidiosa quanto ao sigilo da senha de seu cartão magnético (chamadas provas negativas ou diabólicas), por outro seria plenamente viável à CEF esclarecer a ocorrência ou não de tais fatos, desde que possuísse câmeras de filmagens instaladas no terminal do caixa eletrônico em que foram realizados mencionados saques.

- Como a CEF não se desincumbiu do seu dever de garantir a segurança necessária à boa fruição dos serviços bancários que presta, instalando mecanismos de proteção mínima aos mesmos e de prevenção de ilícitos, assumiu o risco de não conseguir esclarecer possíveis situações ensejadoras de danos a seus clientes, de modo que, in casu, o ônus da prova deve recair sobre a referida instituição bancária.

- A indenização pelos danos materiais causados à apelada pelos sucessivos saques efetuados em sua conta-poupança sem a sua autorização deve guardar estrita correspondência com o montante pecuniário sacado (R\$ 4.920,00); a reparação pelos danos morais, por sua vez, faz-se devida em razão dos visíveis transtornos causados à apelada desde que teve ciência do desaparecimento de significativa quantia de sua conta-poupança, que foram reforçados pela injusta recusa da CEF em restituí-la, devendo ser arbitrada em

quantia suficiente para desestimular reiteração da conduta lesiva pela CEF e abrandar o constrangimento e a angústia causados à apelada.

- Na espécie, mostra-se excessivo o valor de R\$ 5.000,00 fixado na sentença a título de indenização por danos morais, impondo-se a sua redução para R\$ 3.000,00.

- Apelação a que se dá parcial provimento, apenas para reduzir o quantum indenizatório fixado na sentença recorrida a título de danos morais, arbitrando-o em R\$ 3.000,00, mantendo a condenação em danos materiais em R\$ 4.920,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 324.403-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas na forma da lei.

Recife, 4 de julho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal (CEF) contra a sentença proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara da SJ/RN que, nos autos da Ação Ordinária 200284.00.01115-0, condenou a ora apelante no pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 4.920,00, bem como de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00, por entender que o saque de valores da conta-poupança da ora apelada sem a sua prévia autorização, ocorrido nas dependências da CEF, possuiu o condão de acarretar danos materiais e morais à apelada, que devem

ser reparados mediante indenização.

2. A CEF, em suas razões recursais, sustenta, em suma, que os saques de quantias da conta-poupança da ora apelada não foram causados por erro ou equívoco de sua parte, resultando, na verdade, de culpa exclusiva da apelada, já que tais saques somente poderiam ter sido efetuados por alguém que possuísse a senha e o cartão magnético correspondentes à referida conta-poupança.

3. Apesar de intimada, a apelada deixou decorrer *in albis* o prazo para oferecer contra-razões.

4. É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. A controvérsia jurídica posta nos presentes autos consiste em saber se a realização de saques na conta-poupança que a apelada possui perante a CEF, sem o seu conhecimento, por terceiro por ela não autorizado, é fato capaz de ensejar a responsabilização civil da referida empresa pública federal pelos danos morais e materiais dele alegadamente decorrentes.

2. Primeiramente, impende salientar que a responsabilidade civil de que tratam os presentes autos é aquela disciplinada pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), precisamente porque esse Diploma Consumerista, em seu art. 3º, parág. 2º, incluiu na noção de serviço, objeto de eventuais relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira e de crédito. Reforçando essa expressa orientação legal, aduz a Súmula 297 do STJ que o *Código de Defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras*.

3. Sendo assim, no caso dos autos, a responsabilidade civil imputada à CEF é de **natureza objetiva**, sendo regulada pelo art. 14, *caput*, do CDC, nos seguintes termos:

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

4. Infere-se do dispositivo acima transcrito que a caracterização da responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo subordina-se à presença simultânea dos seguintes requisitos: (a) defeito do serviço prestado ou informações insuficientes/inadequadas sobre sua fruição e riscos; (b) dano material ou moral; (c) nexó de causalidade entre o dano causado e o serviço prestado.

5. Volvendo-se ao caso dos autos, alega a apelada que, no período de agosto a outubro de 2001, foram efetuados sem o seu conhecimento, em conta-poupança que possuía perante a CEF, diversos saques por terceiros por ela não autorizados, perfazendo um total de R\$ 4.920,00. Dos autos se percebe que a apelada dirigiu-se à CEF para informá-la acerca do ocorrido, bem como para requerer a devolução dos valores sacados de sua conta-poupança sem a sua autorização.

6. Em resposta ao pedido da apelada, argumentou a CEF que os mencionados saques não foram ocasionados por qualquer falha ou irregularidade em seus procedimentos, bem como que qualquer movimentação na conta-poupança de seus clientes somente pode ser realizada por meio do respectivo cartão magnético, que possui senha secreta, de conhecimento exclusivo do titular da conta; sendo assim, concluiu a CEF que a guarda do cartão, bem como o sigilo da respectiva senha, são de responsabilidade exclusiva da apelada, razão pela qual não lhe seria deferida a restituição dos valores sacados de sua conta-poupança.

7. Primeiramente, impende consignar que a hipótese descrita nos autos tem sido cada vez mais comum nos dias atuais, não sendo demasiado se afirmar a existência de uma verdadeira indústria de clonagem de cartões magnéticos ou de crédito, projetada com o exclusivo intuito de praticar fraudes e ilícitos de toda ordem. É certo que a proliferação desses tipos de ilícitos acaba sendo incentivada pela sua quase que completa impunidade, justificada, em grande parte, pela dificuldade de se identificar e de se responsabilizar os seus executores e mentores.

8. De qualquer forma, não há como se admitir que o ônus decorrente desses ilícitos recaia justamente sobre as suas vítimas, consumidoras que são dos serviços prestados pela instituição bancária a que pertence a conta corrente/poupança objeto das

fraudes; nesse passo, essas vítimas não podem restar desprovidas de qualquer tipo de reparo, de modo que, ao menos na esfera civil, é de ser imputar, a princípio, às respectivas instituições bancárias prestadoras do serviço, a responsabilização pelos danos materiais e, se existentes, pelos danos morais decorrentes desses ilícitos. Relembre-se que, no caso, a responsabilidade civil independe da comprovação da culpa da instituição bancária, precisamente por ser disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor.

9. *In casu*, apesar de haver, nos autos, provas que demonstram a ocorrência de diversos saques na conta-poupança da apelada no período de agosto a outubro de 2001, não há provas concretas de que tais saques foram realmente efetivados por terceiros sem a sua autorização, o que poderia, ao menos à primeira vista, conduzir à conclusão de que, sendo tal fato constitutivo do direito afirmado pela apelada e cabendo a esta, em tese e segundo o art. 333 do CPC, o ônus da sua comprovação, não haveria como acolher a pretensão da apelada.

10. Entretanto, a situação descrita nos autos impõe que se *inverta o ônus da prova*, o que se justifica não apenas porque o Código de Defesa do Consumidor assim autoriza (art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90), mas também, e principalmente, por se estar diante de uma situação de *inesclarecibilidade*, ou seja, de uma situação em que não há como se afirmar, com a certeza esperada, se os fatos que embasam o direito afirmado pela ora apelada realmente ocorreram, sendo certo, todavia, que essa situação foi causada, primordialmente, por conduta imputada à CEF.

11. Explica-se: afirma a apelada que os saques em sua conta corrente foram efetuados sem sua prévia concordância, por terceiros desconhecidos; entretanto, a mesma não comprova tal alegação, o que é perfeitamente justificável, já que seria extremamente difícil, ou mesmo impossível, que a apelada fizesse prova de que *não* realizou pessoalmente os mencionados saques, *não* autorizou que terceiro os realizasse ou, ainda, *não* foi negligente ou desidiosa quanto ao sigilo da senha de seu cartão magnético; note-se que se trata de prova de fato negativo, cuja dificuldade de produção tem levado a doutrina a intitulá-la de prova diabólica.

12. Por outro lado, seria viável à CEF esclarecer a ocorrência ou não desses fatos, desde que possuísse câmeras de filmagem nos locais onde fossem instalados seus caixas eletrônicos. Ora, como se sabe, os extratos de cada conta-poupança demonstram, com precisão, o dia e a hora em que eventuais saques foram realizados, sendo certo, ainda, que a CEF possui condições de identificar em que caixa eletrônico específico tais saques ocorreram.

13. Acontece que, segundo se extrai dos autos, a CEF não instalou, no terminal do caixa eletrônico em que foram efetuados os saques na conta corrente da apelada, câmeras de filmagem capazes de registrar a movimentação naquele terminal, de modo que a ausência dessa aparelhagem conduziu à já mencionada situação de inesclarecibilidade no presente processo, em que não há como afirmar se os fatos constitutivos do direito da apelada ocorreram ou não.

14. Sendo assim, como a CEF não se desincumbiu do seu dever de garantir a segurança necessária e imprescindível à boa fruição dos serviços bancários por ela prestados, deve assumir, no caso, o ônus da prova, de modo que a ausência da comprovação dos fatos alegados pela apelada deve pesar sobre a referida instituição bancária.

15. Confira-se, para melhor ilustrar o raciocínio antes esposado, o seguinte escólio do Professor Luiz Guilherme Marinoni:

Em outros casos, porém, a inversão do ônus da prova não decorre do fato de que ao réu a prova é mais fácil. Nesses casos, em que a produção da prova é árdua às duas partes, uma particularidade da situação de direito material deve demonstrar que a situação de dúvida não deve ser suportada pelo autor, como ocorre nos “casos comuns”.

Pense-se no caso da vítima que morreu na piscina do clube que não indicou a sua inadequação para as pessoas que não sabiam nadar. Nessa hipótese o autor afirmou que a vítima morreu afogada, enquanto que o réu disse que a morte teria sido ocasionada por um colapso. Não havia como demonstrar uma coisa nem outra e, assim, existia uma situação de inesclarecibilidade.

*Porém, seria possível dizer, ainda que na sentença, que o réu deveria suportar o ônus da prova? Ora, **partindo-se do pressuposto de que aquele que viola uma norma de***

prevenção ou de proteção aceita o risco de produzir o dano, a aceitação desse risco implica, por consequência lógica, em assumir o risco relativo à dificuldade na elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou melhor, em assumir o ônus da prova capaz de esclarecê-la. Vale dizer que, quando há uma situação de inesclarecibilidade que pode ser imputada ao réu, a sentença pode inverter o ônus da prova. (Manual do Processo de Conhecimento, RT, 2006, São Paulo, p. 276/277).

16. Assim, pelo exposto, vê-se que a CEF não prestou adequadamente os seus serviços à apelada, possibilitando que saques na conta poupança que possuía perante a referida instituição fossem realizados por terceiros não autorizados; presente, portanto, o primeiro dos requisitos necessários à caracterização da responsabilidade objetiva da CEF, a saber, a prestação defeituosa de seus serviços.

17. Quanto à ocorrência dos alegados *danos materiais*, a sua ocorrência mostra-se patente, uma vez que, conforme resta incontroverso nos autos, a CEF não devolveu à apelada os valores sacados indevidamente de sua conta-poupança. Assim, os danos materiais causados à apelada equivalem, precisamente, ao montante pecuniário correspondente aos referidos saques.

18. Já no que pertine à ocorrência dos alegados *danos morais*, importa salientar, primeiramente, que essa espécie de dano se caracteriza pela ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo, insuscetíveis de avaliação pecuniária. A jurisprudência dos Tribunais, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, é pacífica no sentido de que, para que se configure a ocorrência de danos morais e, conseqüentemente, o dever de indenizar, não é necessária a efetiva comprovação do prejuízo pela vítima, sendo suficiente que o fato caracterizado como danoso acarrete ao indivíduo médio um sentimento de humilhação, desonra ou constrangimento.

19. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACUSAÇÃO INFUNDADA DE PARTICIPAÇÃO EM ATOS CRIMINOSOS A TERCEIROS. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

1. A jurisprudência desta Corte está consolidada no senti-

do de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.

2. “O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça” (REsp nº 53.321/RJ, Min. Nilson Naves).

3. Fixação da condenação em valores razoáveis, considerando as peculiaridades da espécie.

4. Recurso especial da ré parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. Recurso especial do autor não conhecido. (STJ, REsp 611.973/PB, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 13.09.04, p. 261).

RESPONSABILIDADE CIVIL. MULTA DE TRÂNSITO INDEVIDAMENTE COBRADA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO PRESUMIDO. VALOR REPARATÓRIO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO.

1. Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*. Afirma Ruggiero: “Para o dano ser indenizável, ‘basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito’.”

(...). (STJ, REsp 608.918/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 21.06.04, p. 124).

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO NEGATIVO. PROVA DO DANO MORAL. FIXAÇÃO DO VALOR. MULTA DOS DECLARATÓRIOS. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Já assentou a Corte, em monótona jurisprudência, que provado o fato que gerou o dano moral, no caso, a inscrição indevida em cadastro negativo, impõe-se a condenação.

2. O controle da Corte sobre o valor do dano moral é imperativo para evitar abuso, excesso, o que não ocorre no presente caso.

3. Não é cabível a indenização por danos morais ser fixada em salários mínimos, devendo ser adotada a técnica do *quantum* fixo, como decidido em precedente desta Terceira Turma.

4. Configurado o recurso de embargos de declaração como procrastinatório, assim a pretensão de rever a decisão, não existente qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil, a multa do art. 538, parágrafo único, do mesmo Código, é pertinente.

5. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (STJ, REsp 436.850/RO, Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 26.05.03, p. 360).

20. Na hipótese dos autos, percebem-se claramente os transtornos gerados à apelada em razão da ocorrência de saques de quantias significativas em sua conta-poupança, reforçados pela negativa da CEF em solucionar o problema, assumindo a responsabilidade pelos prejuízos causados e restituindo os valores sacados indevidamente. Sendo assim, não há como negar a angústia por que passou a apelada, suficiente, por si só, para lhe acarretar dano moral de ordem subjetiva e objetiva.

21. Por fim, o nexó de causalidade existente entre os saques indevidos na conta-poupança da apelada e os danos materiais e morais resta plenamente evidenciado pela própria narração dos fatos, que demonstram a angústia por que tem passado a apelada desde que tomou ciência dos saques indevidos em sua conta-poupança.

22. Configurada a ocorrência dos danos material e moral e o correspondente dever de indenizar, passa-se à análise do *quantum* indenizatório.

23. No que pertine aos danos materiais, estes devem equivaler ao valor total que foi sacado indevidamente da conta-poupança da apelada, que, como se sabe, corresponde a R\$ 4.920,00. Assim, este deve ser o valor da indenização por danos materiais.

24. Por outro lado, o montante da indenização, tratando-se de dano moral, deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte do réu e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, o constrangimento causado ao autor lesado. Por outro lado, a indenização não pode se mostrar

excessiva diante da lesão causada, sob pena de resultar em enriquecimento ilícito do autor.

25. No caso dos autos, o Juízo sentenciante fixou a indenização em R\$ 5.000,00, o que, *data vênia*, soa como excessivo levando-se em conta a gravidade da conduta da CEF e a repercussão que o dano pareceu ter na vida da apelada; assim, impõe-se a redução do *quantum* indenizatório para R\$ 3.000,00, por se considerar que tal quantia é suficiente e adequada a atender os fins a que se presta a indenização por danos de natureza moral.

26. Por todo o exposto, dou parcial provimento à presente apelação, apenas para reduzir o *quantum* indenizatório fixado na sentença recorrida a título de danos morais, arbitrando-o em R\$ 3.000,00, mantendo a condenação em danos materiais em R\$ 4.920,00.

27. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 325.119-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Apelados: GIVANILDO DUARTE SILVA E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. EULLER SARMENTO BARROSO DE AZEVEDO E OUTRO (APTE.) E ARAKEN OLIVEIRA E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROPOSTA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL SEM FINANCIAMENTO. VENDA EM DUPLICIDADE DO MESMO IMÓVEL PELA CEF. NEGLIGÊNCIA. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO CDC A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ADI-2591 DO STF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAL E MORAL. OCORRÊNCIA. VALORES FIXADOS. CORRESPONDÊNCIA COM O CONS-

TRANGIMENTO SOFRIDO. MANUTENÇÃO. PAGAMENTO PARCIAL DO DANO MATERIAL PELA CEF. ABATIMENTO. POSSIBILIDADE.

- A CEF apela de decisão singular que julgou procedente o pedido, condenando-a no pagamento aos autores do valor de R\$ 5.948,22 (cinco mil, novecentos e quarenta e oito reais e vinte e dois centavos) pelos danos materiais causados e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de dano moral.

- O pedido de indenização cinge-se ao fato da CEF ter realizado uma proposta de compra e venda com o autor, tendo este efetivado parte do pagamento do valor do imóvel à CEF, imóvel este, entretanto, já vendido anteriormente pela demandada.

- A CEF, em sua contestação, não afastou o argumento trazido pelos autores no tocante à venda em duplicidade do referido imóvel; no entanto, afastou as alegações quanto à aplicação do CDC a instituição financeira e ao valor pedido a título de danos materiais, ao argumento de ter depositado na conta do autor o referido montante. Alegou, ainda, que não houve a existência do dano moral.

- Consoante a ADI-2591 do STF, inclui-se no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo as atividades de natureza bancária, aplicando-se, assim, o CDC às instituições financeiras.

- É de ter-se como dano moral o transtorno decorrente da venda em duplicidade do imóvel, o que, por si só, gera o dever de indenizar da CEF. Apresenta-se razoável a fixação da indenização pelo Julgador singular, no caso, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de dano moral, prestigiando-se, neste caso, para tal fixação, o bom senso e a razoabilidade.

- No que se refere ao dano material de R\$ 5.948,22 (cinco mil, novecentos e quarenta e oito reais e

vinte e dois centavos) correspondente à totalidade dos depósitos, comprovadamente efetivados em favor da CEF, igualmente, há de ser mantido tal valor.

- Atente-se que a CEF comprovou ter procedido à devolução (através de estorno) do valor de R\$ 4.691,22 pago pelos autores, deixando, entretanto, de proceder a devolução dos demais valores igualmente pagos em razão do negócio que não se efetivou, daí porque o valor depositado deverá ser abatido do quantum total fixado a título de danos materiais, sob pena de, assim não procedendo, acarretar enriquecimento ilícito por parte dos autores, devendo, entretanto, a CEF permanecer na obrigação de ressarcir aos autores o valor restante, correspondente à totalidade do patrimônio desfalcado.

- Apelação da CEF parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de agosto de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

A CEF apela de decisão de fls. 109/116 da lavra do MM. Juiz Federal Paulo Machado Cordeiro da 3ª Vara/AL que julgou procedente o pedido, condenando a ré no pagamento de R\$ 5.948,22 (cinco mil, novecentos e quarenta e oito reais e vinte e dois centavos) pelos danos materiais causados e R\$ 5.000,00 (cinco mil re-

ais), a título de dano moral, importâncias estas que devem ser corrigidas monetariamente e sobre elas incidir juros moratórios de 1%, contados a partir da citação, e no pagamento de custas e honorários advocatícios, os quais fixou na ordem 10% sobre o valor da condenação.

A CEF, em sua contestação, não afastou o argumento trazido pelo autor no tocante à venda em duplicidade do referido imóvel; no entanto, afastou as alegações quanto à aplicação do CDC a instituição financeira e ao valor pedido a título de danos materiais, por ter depositado na conta do autor o referido montante. Alegou, ainda, que não houve a existência do dano moral.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

A CEF apela da decisão singular que julgou procedente o pedido condenando a ré a pagar ao autor, o valor de R\$ 5.948,22 (cinco mil, novecentos e quarenta e oito reais e vinte e dois centavos) pelos danos materiais causados e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de dano moral.

A CEF, em sua contestação, não afastou o argumento trazido pelo autor no tocante à venda em duplicidade do referido imóvel; no entanto, afastou as alegações quanto à aplicação do CDC à instituição financeira e ao valor pedido a título de danos materiais, por ter depositado na conta do autor o referido montante. Alegou, ainda, que não houve a existência do dano moral.

A questão cinge-se, pois, à verificação da responsabilidade objetiva da instituição financeira pela venda em duplicidade de um mesmo imóvel e, conseqüentemente, ocorrência do dano material e moral em relação ao autor.

Vejamos, primeiro, as alegações da CEF no sentido de inaplicabilidade do CDC às instituições financeiras.

Dispõe o art. 14 da Lei nº 8.078/90 (CDC), *verbis*:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Sobre a matéria, recentemente, o STF consolidou o entendimento segundo o qual o CDC é aplicável às instituições financeiras, conforme se lê no informativo:

Informativo 430 (ADI-2591), inclui no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Vejam também o que dispõe o art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...) *omissis*

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímel a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

(...)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Portanto, o caso trazido à baila deve ser entendido como relação consumerista, considerando a condição de hipossuficientes dos autores, respondendo a instituição bancária, por conseguinte, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos sofridos, tendo em vista ser a responsabilidade do fornecedor de ordem contratual objetiva.

Especificamente sobre os danos morais, tem-se que a Constituição da República de 1988 recepcionou expressamente a idéia da responsabilidade civil por danos morais. O artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, coloca como sendo um dos fundamentos da Nação a dignidade da pessoa humana. O inciso X do artigo 5º retrata que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização, pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Dispõe o art. 159 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Sobre o dano material, Maria Helena Diniz, em *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.*, p. 70, assim se houve:

O dano material, que também podemos chamar de patrimonial, diz respeito à noção de patrimônio, o qual devemos entender como um conjunto de direitos e deveres economicamente apreciáveis (ativo e passivo, crédito e débito, haveres e dívidas) de uma pessoa, os quais integram o campo específico do direito das obrigações, dos direitos reais e dos direitos patrimoniais de família.

(...) o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

O valor do dano material experimentado pela vítima mede-se pelo valor atual de seu patrimônio comparado com aquele que ela teria caso não houvesse a lesão ou dano e, sempre que possível, a obrigação ressarcitória deverá restabelecer a situação anterior ao fato lesivo.

Em se tratando de dano moral, deve-se ter em vista que este se configurará sempre que haja uma dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial.

Sobre tal matéria, o jurista Wilson Melo da Silva, em sua obra - *O Dano Moral*, p-1, acentua o dano moral como sendo:

Lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito no seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio, em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

Arnoldo Medeiros da Fonseca, citado por Américo Luís Martins da Silva, em *O Dano Moral e a sua Reparação Civil*, esclarece:

Dano moral é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Envolvem danos morais, por exemplo, as lesões a direitos polí-

ticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra.

Vê-se, pois, a existência de um patrimônio desmaterializado, o qual necessita de proteção do mesmo modo como se tutela o patrimônio material propriamente dito. Assim, tanto a honra quanto os sentimentos múltiplos dos seres humanos devem ser objeto de proteção do direito, visto que se trata do patrimônio imaterial.

É de fácil percepção que os danos morais emanam das ofensas à honra do decoro, às crenças íntimas, à paz interior, entre outras. Não se pode, simplesmente, negar a ressarcibilidade do dano moral por se tratar de ofensa a um bem imaterial insusceptível de ser recolocado no seu *status quo ante*, pois, apesar do fato de não ser possível conceder à vítima a própria coisa lesionada, pode-se conceder uma compensação de sua dor íntima através do pagamento de uma soma pecuniária, a ser arbitrada pelo consenso do juiz.

É então, neste momento, que cabe ao magistrado, caso a caso, sempre proceder a uma análise do alcance do sofrimento imposto à vítima do dano, sendo imprescindível que a indenização atenda aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade com o efeito lesivo.

No caso presente, narram os autores, às fls 03/10, o que transcrevo:

Os autores formalizaram uma proposta de compra e venda junto à CEF, tendo como objeto um imóvel que encontrava-se disponível à venda através de folhetos informativos da Caixa Econômica Federal, que tinha como título “classimóveis - classificado de imóveis: Venda direta e Concorrência Pública”, doc 15. Escolhido o imóvel, este que constava no folheto informativo distribuído a partir de 21 de março de 2002, dirigiram-se os autores à CEF, a fim de efetuar o negócio. Foi-lhes cobrado um valor inicial de R\$ 825,00 (oitocentos e vinte e cinco reais) (doc. 04), pago no dia 25 março de 2002, a título de garantia do imóvel. Expliquemo-nos! Servia o referido valor utilizado como garantia para que o imóvel não fosse vendido a outra pessoa. Reservado o imóvel, foi então assinada proposta de compra e

venda (doc. 5), sendo os autores os proponentes, estabelecendo todos os critérios para a realização da compra que seria efetuada. Cerca de 15 (quinze) dias após, os mandantes foram convocados pela ré, informando-lhes que sua proposta havia sido aceita e, por conseguinte, necessitaria de sua presença com vistas a efetuarem o pagamento de outras taxas, bem como do valor em espécie determinado na proposta. Não hesitaram os autores em atender ao chamado da ré, instituição financeira que tinha total confiança e credibilidade. O imóvel estava avaliado pela ré em R\$ 16.468,50 (dezesesseis mil, quatrocentos e sessenta e oito reais e cinqüenta centavos). Assim, conforme o proposto, efetuaram o pagamento do valor de R\$ 4.691,22 (quatro mil, seiscentos e noventa e um reais e vinte e dois centavos) (doc. 06) a título de parte do pagamento do imóvel, ficando o restante (R\$ 11.777,28) a ser pago mediante o levantamento na conta vinculada do FGTS. Destaque-se que todos os procedimentos foram tomados para a realização do saque, seguindo todas as regras determinadas pela ré. Foi paga, ainda, a importância de R\$ 432,00 (quatrocentos e trinta e dois reais) (docs. 07 e 08), que seria somada aos R\$ 825,00 (oitocentos e vinte e cinco reais), para fins de cobertura de todas as despesas com a contratação, nelas incluídas: taxas de escrituração, taxas de serviço e transferência do imóvel, bem como do ITBI. Fechado o acordo, assinados todos os documentos preliminares, para a concretização do SONHO DA CASA PRÓPRIA, cuidaram os autores de começar a arrumar a mudança. Destaque-se que o imóvel foi adquirido pela Caixa Econômica Federal em ação de cobrança, sendo que o antigo proprietário ainda residia no imóvel. Sabedores deste fato, os autores foram procurar o morador para comunicar-lhe que haviam adquirido o imóvel, portanto, seria necessária a desocupação do mesmo, haja vista que em muito breve passariam a nele residir. Foi o início do drama sofrido pelos autores. Ao chegar na residência, foram recepcionados com um veículo de mudança, isso mesmo, Excelência, um veículo de mudança que estava descarregando móveis e utensílios. Procurando o proprietário, o Sr. Marcelino José Araújo Cavalcante, foram informados pelo mesmo que este adquirira o imóvel, DESDE JANEIRO, pela mesma Caixa Econômica Federal. Pasmé, Excelên-

cia, a Caixa Econômica Federal havia vendido o mesmo imóvel a outra pessoa há quase cinco meses, o que, sobremaneira, causou grande abalo aos autores, tendo em vista que haviam pago a importância que lhes garantia que o imóvel seria deles. Malgrado a irresignação com a situação por que estavam passando, razão assiste ao Sr. Marcelino José Araújo Cavalcante, porquanto havia, também, adquirido anteriormente o mesmo imóvel. Não resta dúvida vê-se que a Caixa Econômica Federal cometeu um deslize, por negligência e imprudência, que redundou em prejuízo aos autores, quanto procedeu as duas vendas de um mesmo imóvel, numa demonstração clara que seus registros não são confiáveis. Caiu por terra o SONHO DA CASA PRÓPRIA, o que é mais grave, tornariam os autores aos penosos pagamentos de alugueres (...).

A CEF, por sua vez, em sua contestação, afastou os argumentos trazidos pelos autores, alegando em síntese:

(...) que a negociação do imóvel se deu à luz do disposto no Edital de concorrência pública, segundo suas condições básicas e consoante o disposto no folheto acostado aos autos, (...) e Declarações (fls. 14) que dispõem, *in verbis*: declaro conhecer as condições as quais devo satisfazer para obtenção de financiamento, utilização de FGTS, compra à vista ou a prazo do imóvel acima descrito, e que me submeto a todas as condições constantes do 'Edital de Concorrência Pública' - Condições Básica (...).

Constata-se que os autores pagaram (fl. 13) o valor de R\$ 825,00, a título de caução, em 25.03.2002, e no mesmo dia assinaram com a CEF a proposta de compra e venda direta do imóvel (fls. 14), oportunidade em que fora efetuado o pagamento do valor de R\$ 4.691,22, além de R\$ 432,00 para pagamento das despesas contratuais (fl. 16).

Assim sendo, forçoso concluir que, tendo a CEF recebido o pagamento da proposta no valor de R\$ 4.691,00, deu a certeza aos autores de que o negócio estava correto. Jamais eles poderiam prever que a Caixa, por equívoco, já tinha aceito outra proposta em melhores condições, gerando uma duplicidade de compradores. Resta evidente o dano moral sofrido pelos mesmos, impondo-se, de fato, à CEF o dever de reparar tal dano.

Sabe-se que na responsabilidade objetiva, teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico, estabelecido o liame entre o ato praticado pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima, sem culpa ou dolo desta, cabe à Administração indenizar o lesado, não cabendo, aí, analisar-se a culpabilidade do causador do dano, ou seja, se o mesmo agiu com dolo ou culpa. Neste sentido, assevera o mestre Silvio Rodrigues, em sua obra *Responsabilidade Civil*: “Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente”.

Por outro lado, sobre o dano material, Maria Helena Diniz, em *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, p. 70, assim se houve:

O dano material, que também podemos chamar de patrimonial, diz respeito à noção de patrimônio, o qual devemos entender como um conjunto de direitos e deveres economicamente apreciáveis (ativo e passivo, crédito e débito, haveres e dívidas) de uma pessoa, os quais integram o campo específico do direito das obrigações, dos direitos reais e dos direitos patrimoniais de família.

(...) o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

O valor do dano material experimentado pela vítima mede-se pelo valor atual de seu patrimônio comparado com aquele que ela teria caso não houvesse a lesão ou dano e, sempre que possível, a obrigação ressarcitória deverá restabelecer a situação anterior ao fato lesivo.

Desta forma, presente está o dano material a ser pela CEF indenizado, que, no caso, corresponde ao valor de R\$ 5.948,22, correspondente ao valor que a parte transferiu à CEF para fins de efetivação do negócio que restou desfeito pela venda em duplicidade do imóvel.

Atente-se que a CEF comprovou, em sua contestação (fl.43), ter procedido à devolução (através de estorno) do valor de R\$ 4.691,22 pago pelos autores, deixando, entretanto, a CEF de proceder à devolução dos valores restantes, igualmente pagos em razão do negócio que não se efetivou, daí porque o valor depositado deverá ser abatido do *quantum* total fixado a título de danos materiais, sob pena de, assim não procedendo, acarretar enriquecimento ilícito por parte dos autores.

A decisão recorrida condenou a CEF no pagamento de R\$ 5.948,22 (cinco mil, novecentos e quarenta e oito reais e vinte e dois centavos) pelos danos materiais causados e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de dano moral.

Não demonstrando os autores interesse em rever a indenização fixada pelo Julgador singular, a fixação apresenta-se razoável. Prestigiou-se o bom senso, a razoabilidade, de sorte que, nem haja fixação de uma quantia exagerada, que se converta em fonte de enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra, nem também numa soma inexpressiva, que não possibilite ao ofendido alguma reparação que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento. Tanto assim o é que os autores restaram satisfeitos com tal condenação, que não apelaram da decisão singular.

Vale, por fim, salientar o caráter preventivo de tais indenizações, cujo maior objetivo é desestimular a ocorrência de práticas lesivas como estas.

Pelas razões expostas, dou parcial provimento à apelação da CEF, apenas para que seja abatido da condenação o valor de R\$ 4.691,22, a título de danos materiais, já devolvido aos autores.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 347.780-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE APOSENTADOS E APOSENTÁVEIS DOS CORREIOS - FAACO
Recte. Ad...: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE APOSENTADOS E APOSENTÁVEIS DOS CORREIOS - FAACO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. CARLOS FERNANDO MOREIRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA ENTIDADE ASSOCIATIVA (FAACO). ILEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO INSS. EFEITOS DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. INCIDÊNCIA DO ART. 2º-A DA LEI Nº 9.494/97. ABO-NO PAGO AOS SERVIDORES DA ATIVA DA ECT. ACORDO COLETIVO. NATUREZA REMUNERATÓRIA. EXTENSÃO AOS APOSENTADOS. LEI Nº 8.529/92. CABIMENTO. REDUÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. NÃO VINCULABILIDADE AOS LIMITES DE 10% A 20% SOBRE A CONDENAÇÃO NOS CASOS EM QUE VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. APRECIÇÃO EQÜITATIVA (ART. 20, § 4º, CPC).

- A legitimidade da atuação das associações, judicial ou extrajudicialmente, em nome de seus associados, encontra fundamento no art. 5º, XXI, da Carta Magna, exigindo-se, no caso, em conformidade com o parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, além da previsão genérica estatutária da entidade, que haja autorização específica dos associados para o ajuizamento da demanda por meio de assembléia convocada especificamente para tal finalidade, sendo desne-

cessária, no entanto, a autorização de cada um dos associados individualmente, em conformidade com a jurisprudência do STF.

- Nas ações coletivas, a eficácia subjetiva da decisão a ser proferida abrange apenas os associados substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, ex vi do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97.

- Preliminar de litisconsórcio passivo necessário da União Federal rejeitada, uma vez que é o INSS quem continuará a realizar o pagamento das complementações de aposentadoria em discussão, competindo ao Tesouro Nacional colocar à disposição da autarquia os recursos necessários ao seu pagamento por meio de dotação própria consignada no Orçamento da União.

- A complementação dos proventos de aposentadoria dos inativos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de sorte a assegurar a igualdade com a remuneração dos que se encontram em atividade, encontra amparo na Lei nº 8.529/92.

- O abono salarial pago aos servidores da ativa por força de acordo coletivo celebrado, no valor de 50% calculado sobre o salário-base, tem manifesta natureza remuneratória, porquanto concedido à generalidade dos que se encontram na ativa, sendo devido pelo simples fato da contraprestação do serviço, em consonância, inclusive, com o § 1º do art. 457 da CLT, na redação dada pela Lei nº 1.199, de 01/10/53, que definitivamente assentou que os abonos pagos pelo empregador integram o salário.

- Honorários fixados no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), considerando a questão jurídica posta em discussão, que não se revela complexa, a dignidade da profissão, o valor econômico da causa

e o zelo no seu acompanhamento, a quantidade e a qualidade das peças produzidas, já considerada a sucumbência do demandante, no caso, mínima.

- Parcial provimento à apelação e à remessa oficial. Recurso adesivo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial e negar provimento ao recurso adesivo, nos termos do voto do Relator.

Recife, 31 de outubro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Instituto Nacional do Seguro Social interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pela Juíza Federal substituta da 7ª Vara/PE, que julgou parcialmente procedente a pretensão, condenando a demandada ao pagamento aos associados da FAACO, admitidos até 31.07.1999, do abono salarial correspondente a 50% (cinquenta por cento) do salário que os mesmos recebiam em julho de 1999, tendo como limite mínimo R\$ 400,00 e máximo 1.000,00 (mil reais), por força da cláusula nº 45, *b*, do Acordo Coletivo de Trabalho 1999/2000, excluídos os substituídos domiciliados fora do Estado de Pernambuco.

Em suas razões, alega o recorrente nulidade da sentença por entender que haveria o litisconsórcio passivo necessário da União Federal, a ilegitimidade ativa da associação, bem como a impossi-

bilidade de substituição dos associados de todo o Brasil, nos termos do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 com a redação da MP nº 2102, de fevereiro de 2001. No mérito, aduz que o direito à complementação é condicionado à comprovação de que o associado foi integrado aos quadros da entidade até 31/12/1976 e que seja observada a Lei nº 6.184/74; e que o abono pleiteado teria natureza indenizatória, não se caracterizando como salário, uma vez que não afetaria aos aposentados a discussão de assuntos referentes aos trabalhadores da ativa como condições de trabalho, jornada de trabalho ou mesmo pagamento de auxílio-alimentação; requer, ao final, a modificação da base de cálculo dos honorários para que se iguale ao pagamento de um dos substituídos, ou, ao menos, que seja igual à efetiva condenação pecuniária do INSS.

Contra-razões à apelação do INSS às fls. 271/286.

Apela o autor adesivamente postulando, em resumo, seja arbitrada a verba honorária num percentual entre 10% e 20% sobre o valor da condenação (fls. 675/679).

Contra razões ao recurso adesivo (fls. 683/685).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Aprecio inicialmente a apelação do INSS, que argúi como preliminares a impossibilidade da FAACO representar seus substituídos, questionando ainda a abrangência dessa substituição e a existência de litisconsórcio passivo necessário com a União Federal.

A legitimidade da atuação da FAACO em juízo em nome de seus associados encontra fundamento no art. 5º, XXI, da Carta Magna, ao estabelecer que as associações têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, não havendo como negar-lhe tal direito.

Quanto à matéria em comento, merece destaque o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, na AO nº 152, j. 03/03/2000, STF:

Não me convenço, assim, de que, no contexto da Lei Fundamental de 1988, manifestamente aberta aos processos coletivos, o art. 5º, XXI, mereça uma interpretação que o converta em retrocesso: mas, ainda que assim fosse, validamente, a lei ordinária – a MPr 1.798/99 – contentou-se com a deliberação da assembléia geral das associações como forma idônea de autorizá-las a agir em juízo pelos filiados. À idoneidade da deliberação da assembléia geral para o fim cogitado opõe-se, como era de esperar, a situação dos ausentes e dos votos vencidos: são, contudo, objeções também oponíveis – até com mais razão, dada a inexigibilidade de qualquer modalidade de autorização específica – a outros tipos de processo coletivo, a exemplo do mandado de segurança impetrado por sindicatos e associações e da ação civil pública, facultada até ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos dos consumidores. A tais objeções, contudo, quando não as leis – valendo lembrar o avançado Título III do Cód. de Defesa do Consumidor – a doutrina e a jurisprudência têm construído soluções adequadas, posto não isentas de dificuldades pela ruptura que envolvem com dogmas do processo tradicional: tudo aponta para a sua aplicabilidade às ações das entidades associativas, objeto do art. 5º, XXI, da Constituição.

Assim, em conformidade com o art. 5º, inc. XXI, da CF, e parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 e da jurisprudência sobre a matéria, exige-se, além da previsão genérica estatutária da entidade, que haja autorização específica dos associados para o ajuizamento da demanda por meio de assembléia convocada especificamente para tal finalidade, sendo desnecessária, como visto, a autorização de cada um dos associados individualmente.

No caso, os requisitos para o ajuizamento da ação coletiva encontram-se devidamente demonstrados nos autos da ação (cf. fls. 35/52), não havendo que se falar, portanto, em ilegitimidade ativa *ad causam* da associação.

Quanto à questão que se refere ao alcance da representação e, conseqüentemente, aos efeitos da decisão a ser proferida, falece, no particular, interesse ao recorrente, uma vez que a sentença excluiu do recebimento da vantagem os substituídos que são do-

miciliados fora do Estado de Pernambuco, em conformidade com o que se acha disposto no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, redação dada pela MP nº 1.984-14, de 10/02/2000, *verbis*:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Artigo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (NR) (Parágrafo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001)

Argúi a apelante a nulidade da sentença, ao fundamento de que haveria o litisconsórcio passivo necessário com a União Federal.

Convém trazer a lume os dispositivos da Lei nº 8.529/1992, que dispõe sobre a complementação da aposentadoria do pessoal do extinto Depto. de Correios e Telégrafos (DCT):

Art. 5º A complementação da pensão de beneficiário do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), abrangido por esta lei, é igualmente devida pela União e continuará a ser paga pelo INSS, observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária e as disposições do parágrafo único do art. 2º desta lei.

Art. 6º O Tesouro Nacional manterá à disposição do INSS, à conta de dotações próprias consignadas no Orçamento da União, os recursos necessários ao pagamento da complementação de que trata esta lei.

Conforme se pode inferir, apesar da complementação da aposentadoria ser encargo da União, o INSS é quem continuará a realizar o pagamento dos valores das complementações de aposentadoria em discussão, competindo ao Tesouro Nacional colocar à

disposição da autarquia os recursos necessários ao seu adimplemento por meio de dotação própria a ser consignada no Orçamento da União.

Assim, cabendo ao INSS o pagamento da referida complementação, a ele compete a exclusividade no pólo passivo da demanda.

Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas. Passo ao mérito.

A parte autora da ação requer seja estendido aos seus associados, admitidos até 31/07/1999, o abono de 50% calculado sobre o salário-base de julho de 1999, com limite mínimo de R\$ 400,00 e máximo de R\$ 1.000,00, que seria devido em virtude do acordo coletivo de trabalho celebrado entre os dirigentes sindicais e a EBCT, previsto na cláusula 45 do referido acordo.

A complementação dos proventos de aposentadoria dos inativos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de sorte a assegurar a igualdade com a remuneração dos que se encontram em atividade, encontra amparo na já mencionada Lei nº 8.529/92, conforme se pode observar no parágrafo único do art. 2º, *verbis*:

Art. 2º Observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária, a complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o valor da remuneração correspondente à do pessoal em atividade na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço.

Parágrafo único. O reajuste do valor da aposentadoria complementada obedecerá aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade entre eles.

Deste modo, tem respaldo legal a pretensão de repasse aos aposentados dos mesmos aumentos remuneratórios que sofrerem os servidores da ativa da ECT, como forma de manter a permanente igualdade entre as remunerações.

No caso *sub judice*, tem-se como incontroverso que os servidores da ECT, por força de acordo coletivo celebrado (Acordo Coletivo de Trabalho 1999/2000, cláusula 45, letra *b*), perceberam um abono de 50% calculado sobre o seu salário-base, tendo como limite mínimo e máximo R\$ 400,00 e R\$ 1.000,00, respectivamente, e que não foi repassado aos que se acham na inatividade.

À luz dos dispositivos previstos na Lei nº 8.529/92, acima referida, não assiste razão à autarquia em negar a extensão da vantagem aos aposentados da ECT.

Isto porque o abono salarial em questão, qual se extrai do seu próprio *nomen juris*, tem manifesta natureza remuneratória, e não indenizatória, como sustentado pela apelante, porquanto concedido à generalidade dos que se encontram na ativa, sendo devido pelo simples fato da contraprestação do serviço, a revelar, pois, o seu caráter remuneratório. É o que se pode inferir, inclusive, do § 1º do art. 457 da CLT, na redação dada pela Lei nº 1.199, de 01/10/53, que definitivamente assentou que os abonos pagos pelo empregador integram o salário.

Destarte, conforme fundamentado, é devido o pagamento aos substituídos da apelada, que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator (art. 2º-A da Lei nº 9.494/97), o abono de 50% do salário-base de julho, nos termos do Acordo Coletivo de Trabalho 1999/2000, cláusula 45, letra *b*, firmado entre a ECT e seus empregados, conforme estabelecido na sentença recorrida.

Aprecio o recurso adesivo da parte autora, bem como a apelação do INSS no que tange à condenação em verba honorária.

Sabe-se que nos casos em que a Fazenda Pública for condenada, para efeito da fixação da verba honorária, não se aplicam os limites de 10% e 20% sobre a condenação, previstos no § 3º do art. 20 do CPC, devendo o juiz fixá-la consoante apreciação equitativa. Nesse aspecto, não assiste razão ao recorrente adesivo.

No caso em tela, considerando a questão jurídica posta em discussão, que não se revela complexa, mas também atento à dignidade da profissão, ao valor econômico da causa e ao zelo no seu acompanhamento, bem como à quantidade e qualidade das

peças produzidas, fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais) a condenação em verba honorária devida pelo INSS à parte autora, já considerada a sucumbência do demandante, no caso, mínima.

Por tais razões, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, e nego provimento à apelação adesiva do autor.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 371.052-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE
Apelante: UNIÃO
Apelada: ERONILDA GALDINO DE SOUZA
Advs./Procs: DRS. FRANCISCO EVERARDO DE OLIVEIRA NOBRE E OUTRO (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL DE EX-SERVIDORA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIA DESIGNAÇÃO. ART. 217 DA LEI 8.112/90. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONDIÇÃO DE COMPANHEIRA COMPROVADA. PROVA DOCUMENTAL IDÔNEA E SUFICIENTE. POSSIBILIDADE.

- Conforme expressamente estabelecido no art. 215 da Lei 8.112/90, a pensão por morte do servidor é devida a seus dependentes “a partir da data do óbito”. A ausência de designação pela servidora pública, em vida, de sua companheira como sua beneficiária, não constitui óbice à obtenção da pensão por morte, se comprovados seus requisitos por outros meios idôneos de prova, conforme pacífico entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais.

- Diante da atual conjuntura social, a doutrina e a jurisprudência pátria, independentemente da restrição jurídica que confere o Direito Civil às

uniões do mesmo sexo, no Direito Previdenciário tem se buscado a proteção do dependente economicamente, com a concessão da pensão (benefício alimentar), que afasta eventuais impedimentos de ordem puramente civil. Esse tem sido o principal fundamento utilizado nas decisões judiciais até agora proferidas para incluir os homossexuais no rol das pessoas habilitadas à pensão previdenciária, em situação idêntica às uniões estáveis entre homem e mulher.

- A jurisprudência recente de nossos Tribunais, inclusive do colendo STJ, tem se firmado no sentido de que assiste direito à pensão por morte ao companheiro homossexual dependente economicamente do servidor falecido, uma vez que a legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela Lei nº 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge, companheiro do de cujus, sem qualquer vedação expressa que estes sejam do mesmo sexo.

- No caso dos autos, restou demonstrada a convivência comum da postulante e de sua falecida companheira, sob o mesmo teto, comprovada através de prova documental idônea consistente em comprovantes de residência no mesmo endereço, mantendo conta bancária conjunta, plano de previdência em nome da falecida constando como única beneficiária a demandante, além de disposição testamentária, passando todos os bens da falecida para a demandante, restando devidamente comprovada a existência da união estável entre a postulante e a servidora falecida.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apela-

ção e à remessa oficial, na forma do relatório, voto e notas taquígráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de setembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE:

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta em face da sentença proferida às fls. 216/227, pelo MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara-CE, Dr. Rubem Lima de Paula Filho, que julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, para condenar a parte demandada ao pagamento da pensão por morte à autora, na qualidade de companheira beneficiária da falecida servidora pública federal, desde a data do óbito, com o pagamento das parcelas vencidas, acrescidas da correção monetária legal e juros de mora fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, mais honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Nas razões de seu apelo, a União pugnou pela total reforma da sentença de primeiro grau, argumentando, em síntese, que a demandante não faz jus ao benefício pleiteado, por ausência de previsão legal, uma vez que nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional reconhecem a união estável entre homossexuais, além do fato de não ter havido prévia designação como companheira pela falecida servidora em seus registros funcionais, quando em vida, o que se justifica pela ausência de qualquer dispositivo na Lei nº 8.112/90 contemplando os companheiros homossexuais, razão pela qual a pretensão fora negada na seara administrativa, uma vez que a Administração encontra-se sujeita ao princípio da legalidade.

Apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE (Relator):

Consoante salientado no relatório, trata-se de remessa oficial e apelação interposta contra sentença que julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, para condenar a parte demandada ao pagamento da pensão por morte à autora, na qualidade de companheira beneficiária da falecida servidora pública federal, desde a data do óbito, com o pagamento das parcelas vencidas, acrescidas da correção monetária legal e juros de mora fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, mais honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

No compulsar dos autos, verifica-se que a postulante, pretendendo pensão por morte de sua companheira Dalai Pires de Oliveira, em decorrência do óbito ocorrido em 18.02.2000 (certidão fl. 34), demonstrou a sua convivência em comum com sua falecida companheira, sob o mesmo teto, comprovada através de prova documental idônea consistente em comprovantes de residência no mesmo endereço, mantendo conta bancária conjunta, plano de previdência em nome da falecida constando como única beneficiária a demandante, além de disposição testamentária, passando todos os bens da falecida para a demandante, restando devidamente comprovada a existência da união estável entre a postulante e a servidora falecida.

Por conseguinte, fazendo-se uma avaliação conjunta das provas coligidas aos autos, verifica-se com clareza cristalina a comprovação, por parte da postulante, no que se refere a sua condição de companheira do *de cujus*, a teor dos documentos anexados aos autos, sobretudo documentos públicos datados anteriormente ao óbito da ex-servidora, não restando qualquer dúvida a respeito da relação de companheirismo entre pessoas do mesmo sexo alegada na inicial.

Quanto à questão da prévia designação pela servidora, em vida, da companheira como sua beneficiária perante os registros funcionais, conforme se insurgiu a apelante, já é matéria bastante debatida no âmbito jurisprudencial, não merecendo maiores digres-

sões a respeito, já é pacífico o entendimento de que a ausência de designação pela falecida servidora de companheira como sua beneficiária não constitui óbice à obtenção da pensão por morte, se comprovados seus requisitos por outros meios idôneos de prova. A respeito, vejam-se os arestos a seguir:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FALECIDO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO EXPRESSA. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC.

1. A exigência de designação expressa pelo servidor, nos termos da Lei 8.112/90, art. 217, I, c, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor em indicar o companheiro ou companheira como beneficiário da pensão por morte; sua ausência não importa, entretanto, a não concessão do benefício, se comprovada a união estável por outros meios idôneos de prova. (Superior Tribunal de Justiça, no REsp 240209 - Processo: 199901080355 UF: PE. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 16/05/2000. Documento: STJ000361696. DJ Data: 19/06/2000.

2. Conforme bem observado no Juízo *a quo*, “os documentos anexados às fls. 09/63, em especial a certidão de óbito de fls. 10, onde se constata que o *de cujus* tinha o mesmo endereço residencial da autora, associados ao fato da existência de filho comum (conf. certidão de nascimento de fl. 16), mostram-se suficientes à comprovação da existência da união estável entre esta última e o falecido servidor José Ribeiro da Silva.

3. (...). (TRF 5ª R. - AC 2004.05.00.022410-4 - (343335) - PE - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti - DJU 04.04.2005 - p. 407).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PENSÃO VITALÍCIA. COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. ART. 217, I, C, DA LEI Nº 8.112/90.

- A teor do art. 217, I, c, da Lei nº 8.112/90, ao(a) companheiro(a) designado pelo servidor como seu dependente é devida pensão vitalícia desde que comprove união estável como entidade familiar.

- No que tange à designação formal, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de ser dispensável, sendo admitida, inclusive, a designação *post mortem*, desde que comprovada a união estável por outros meios idôneos.

- É possível, inclusive, aplicar-se, por analogia, a norma inculpada no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.213/91, vigente à época do óbito do instituidor da pensão, a qual permite a inscrição do dependente/companheiro(a) após o evento morte.

- Apesar de não ter havido a designação da companheira do ex-servidor anteriormente à data do seu óbito, há farta documentação provando a união estável do casal, além dos depoimentos testemunhais colhidos em juízo. Remessa oficial improvida.

(TRF 5ª R. - REOAC 2000.84.00.011999-6 - (308792) - RN - 1ª T. - Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena - DJU 14.03.2005 - p. 793).

A respeito da união estável entre homossexuais, a questão é bastante polêmica, já que a união civil entre pessoas do mesmo sexo não configura família jurídica no direito brasileiro, da mesma forma que não se admite união adulterina ou entre irmãos, que também estão à margem do Direito de Família. Nesse sentido, os civilistas em geral não admitem a inserção de tais uniões nos modelos constitucionais de família, uma vez que o art. 226, § 3º, da CF/88, faz referência à “união estável entre homem e mulher”.

De outra parte, é de se anotar que, na atual conjuntura social, a doutrina e a jurisprudência de nossos Tribunais, independentemente da restrição jurídica que confere o Direito Civil às uniões do mesmo sexo, no Direito Previdenciário, e em particular no caso da pensão, tem buscado a proteção do dependente economicamente, com a concessão da pensão (benefício alimentar), que afasta eventuais impedimentos de ordem puramente civil. Esse tem sido o fundamento principal utilizado nas decisões judiciais até agora proferidas para incluir os homossexuais também no rol de pessoas habilitadas à pensão previdenciária em situação idêntica às uniões estáveis entre homem e mulher.

Ressalte-se, ademais, que, em virtude de decisão judicial proferida em Ação Civil Pública, o INSS baixou a Instrução Normativa nº 25, de 7 de junho de 2000, que estabelece procedimentos a

serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira do mesmo sexo, mostrando-se, nesse aspecto, a legislação previdenciária totalmente desvinculada da legislação civil, na medida em que reconhece como segurado o companheiro ou a companheira homossexual como dependente para fins de pensão.

Nesse contexto, a jurisprudência recente de nossos Tribunais, inclusive do colendo STJ, tem se firmado no sentido de que assiste direito à pensão por morte ao companheiro homossexual dependente economicamente do servidor falecido, uma vez que a legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela Lei nº 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge, companheiro do *de cujus*, sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo.

Neste sentido, vejam-se os significativos precedentes de nossas Cortes Regionais Federais, com respaldo em decisões do colendo STJ, espelhados nas ementas a seguir transcritas:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1- (...).

3 - A pensão por morte é: “o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido – a chamada família previdenciária – no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou, pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. (Rocha, Daniel Machado da, *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*//Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004, p. 251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida

em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'da família'. Em face dessa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6 - Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: "art. 201 - os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da Lei, a: [...] V - Pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º".

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa nº 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela Juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento.

9 - Recurso Especial não provido.

(STJ - REsp 20010189 7422 - (395904 RS) - 6ª T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJU 06.02.2006 - p. 00365).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE PARCEIRO HOMOSSEXUAL. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA *MORE UXORIO*. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA.

1. Comprovado o implemento dos requisitos impostos pelo art. 74 da Lei de Benefícios – qualidade de segurado do *de cuius* e dependência econômica mútua –, o homossexual tem direito a perceber pensão por morte do parceiro falecido. Precedentes desta Corte e do STJ.

2. A prova da convivência *more uxorio* faz presumir a dependência econômica entre os parceiros, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/1991, fazendo jus o autor ao pensionamento postulado.

(TRF 4ª R. - AC 2004.70.00.018042-3/PR - 5ª T. - Rel. Des. Fed. Celso Kipper - *DJU* 22.03.2006).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.

I. O autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado, mantendo conta bancária conjunta, além da aquisição de bens, tais como veículo e imóveis em seus nomes, por mais de vinte anos.

II. Os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformação por que passa a sociedade.

III. Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-la à realidade social, descabendo, na concessão da pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual, qualquer discriminação em virtude da opção sexual do indivíduo, sob pena de violação dos artigos 3º, inciso IV, e 5º, inciso I, da Constituição Federal.

IV. Tutela antecipada concedida.

V. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal não regula pensão previdenciária inserindo-se no capítulo da Família.

VI. Apelação e remessa necessária improvidas.

(TRF 2ª R. - AC 2002.51.01.000777-0 - 3ª T. - Relª Desª Fed. Tania Heine - *DJU* 21.07.2003 - p. 74).

PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. VEDAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO.

TO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO.

- A inexistência de norma que regule situação fática socialmente reconhecida, mas que não encontra previsão legal no ordenamento, não se faz bastante para extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, que, apenas, se caracterizaria na hipótese de expressa vedação da legislação ao deferimento da pretensão do litigante. É reconhecido pela doutrina o fato de que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade, de modo que cabe ao juiz, diante de controvérsias às quais falte a norma específica que se lhes aplique, buscar a integração entre direito e realidade, amparando-se nos princípios gerais do direito, e mormente, como é o caso, fazendo uso do método da analogia, evitando, assim, o *non liquet*. A legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela L. 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge, companheiro do *de cuius*, sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo. O art. 226, § 3º, da CF, esgrimido pela autarquia apelante como norma proibitiva ao reconhecimento do direito à pensão em comento, cuida especificamente da família e das relações de casamento, não visando a regular matéria previdenciária que é tratada em capítulo próprio da *Lex Mater*. A CF erigiu o princípio da igualdade como postulado fundamental, com aplicação específica em relação à proteção referente a discriminações quanto ao gênero, consoante o disposto nos arts. 3º, IV, 5º, I, e 7º, XXX, todos da CF, sendo, por isso, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão da opção sexual do indivíduo. O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual, no RGPS, consubstanciado na IN 25, de 7 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser utilizada, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia. Exhaustivamente comprovada pelo promovente, inclusive através de prova documental, a sua dependência eco-

nômica em relação ao *de cuius*, conseqüência direta do desfazimento de atividade comercial própria, em face do projeto de vida em comum, também cabalmente demonstrado. Preenchidas pelo autor diversas das exigências constantes da Instrução Normativa suso mencionada, e sendo-lhe vedado materializar os demais itens, por obstrução do próprio poder público, que não admitiria a sua inscrição como dependente do *de cuius*, para efeitos fiscais e de dependência econômica, na ficha cadastral do órgão patrimonial, é de lhe ser concedido o direito à pensão requerida. A implantação do benefício deve ser retroativa à data do óbito, nos termos do art. 215 da L. 8.112/90, sendo mantidos os juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento), a partir da citação, e os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação. (TRF 5ª R. - AC 238.842 - RN - 1ª T. - Relª Desª Fed. Margarida Cantarelli - DJU 13.03.2002) (ST 155/110).

Diante do exposto, reportando-me aos fundamentos dos precedentes retrotranscritos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 378.460-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelantes: FRANCISCA FERNANDES DA SILVA (ESPÓLIO) E HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO
Apelados: HUMBERTO DA CUNHA PESSOA E CÔNJUGE
Advs./Procs.: DRS. ZANONI FORTES DANTAS, MARCELO GUSTAVO MADRUGA ALVES PINHEIRO E OUTROS (APTES.) E LUIZ CARLOS SOARES MOREIRA (APDOS.)

EMENTA: CIVIL. IMÓVEL OFERECIDO EM DAÇÃO EM PAGAMENTO. NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO. PROCURAÇÃO SEM PODERES ESPECIAIS. EXCESSO DO MANDATÁRIO. AUSÊNCIA DE DÍVIDA DOS MANDANTES. NULIDADE DO ATO.

- O negócio jurídico firmado por mandatário sem poderes especiais e expressos para tanto é ineficaz em relação àquele em cujo nome fora praticado. Inteligência do art. 662 do CC.

- A verificação da simulação implica na nulidade do ato jurídico efetuado (art. 167 do CC), em face da ausência do consentimento dos mandantes e da inexistência de dívida dos mesmos que justifiquem a realização da dação em pagamento.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de junho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelações de sentença que julgou procedente ação ordinária, com pedido de nulidade de escritura pública e de cancelamento de sua inscrição no registro de imóveis, proposta por Humberto da Cunha Pessoa e Marli Ramalho Pessoa contra o HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo e o Espólio de Francisca Fernandes da Silva.

O Juízo de São José de Mipibu/RN declinou da sua competência para a 3ª Vara da Justiça Federal em razão da tramitação de ação de desapropriação para fins de reforma agrária, referente ao mesmo imóvel objeto do presente processo.

Alega o HSBC, ora apelante, em preliminar, a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, ante a impossibilidade

da ocorrência da preclusão, uma vez que se trata de matéria de ordem pública. No mérito, aduz que o Banco apelante agiu de forma lícita, em função da autenticidade da procuração que outorgou poderes necessários para a realização do adimplemento da obrigação mediante a dação em pagamento.

Afirma, ainda, o Banco recorrente que, mesmo sendo considerada a adulteração da procuração, tal ilícito só poderia acarretar conseqüências no âmbito de responsabilidade patrimonial dos envolvidos no cometimento do dano e não ao HSBC apelante que também teria sido ludibriado. Aduz, ao final, que o percentual fixado a título de honorários advocatícios está por demais elevado, divergindo dos critérios previstos no art. 20, § 3º, do CPC.

Já o Espólio de Francisca Fernandes da Silva, em sua peça recursal, afirma que a perícia não encontrou indícios de adulteração no instrumento de mandato que concedeu poderes para a realização do adimplemento da dívida bancária, através da dação em pagamento do imóvel denominado “Fazenda Jacaracica” de propriedade dos apelados.

Apresentadas as contra-razões às fls. 398-405.

Parecer do Ministério Público Federal pelo improvimento das apelações às fls. 412-423.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Inicialmente, no que pertine à legitimidade passiva do HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo, entendo não haver comprovação nos autos de que o contrato firmado entre o Banco HSBC apelante e o Banco Bamerindus, no que tange à compra de ativos e passivos da segunda instituição financeira pela primeira, não englobou o negócio realizado entre os autores apelados e o Banco Bamerindus apelante. Apenas com tal demonstração seria possível afastar o Banco HSBC do presente processo, o que não ocorreu.

Este foi o entendimento adiante transcrito do douto Juiz de primeira instância às fls. 486/492 e corroborado pelo parecer do MPF

às. fls 412/423 (erroneamente numeradas), nos seguintes termos:

Passarei a analisar alguns incidentes do processo. Em primeiro lugar, a legitimidade passiva suscitada pelo HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo, onde ele afirma que não é parte legítima para responder à presente ação, tendo em vista que não firmou nenhum vínculo ou obrigação com os autores, pois o contrato foi firmado entre os autores, através de um suposto procurador, e o Banco Bamerindus.

Aduz, ainda, que o Banco Bamerindus não foi sucedido na sua totalidade pelo HSBC Bank Brasil S/A. Isso porque, segundo afirma, foi apenas firmado um contrato de compra e venda de ativos e assunção de obrigações, e, este contrato, serviu apenas para resguardar a situação de dificuldade que passava o Banco Bamerindus do Brasil S/A., frente ao HSBC, que gozava de boa saúde financeira. Teve em vista, portanto, o que dita o art. 6º da Lei nº 9.447/97, apenas para resguardar os interesses dos depositantes e investidores. Com isso, o negócio teve por objeto apenas alguns dos ativos e passivos do Banco Bamerindus.

Sustenta, ainda, que o Banco Bamerindus continuou a subsistir como entidade privada, permanecendo com um patrimônio que atinge quase a cifra de R\$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de reais), conforme se infere de afirmativa constante às fls. 168 dos autos.

Em todo o seu arrazoado, através de fortes argumentos calcados, inclusive, em pareceres de grandes juristas como Cândido Dinamarco e Fábio Ulhôa Coelho, procura demonstrar o Banco-contestante que o negócio realizado entre o Banco Bamerindus e o Banco HSBC não foi uma sucessão de todos os bens e obrigações no que diz respeito ao ativo e passivo daquela instituição financeira.

Apenas, dos fortes argumentos do contestante, um fato ressaltado com grande evidência. É que, em nenhum momento, apesar do contestante ter afirmado que o contrato firmado se pretendia a apenas alguns ativos e passivos do Banco Bamerindus, não deixou transparecer que o negócio realizado entre o Banco Bamerindus e os autores da presente ação se incluíram ou não, e especialmente não se incluíram, nesses ativos e passivos que foram objeto do negócio realizado entre o Banco Bamerindus e o Banco HSBC.

Sempre se prendeu a fazer e demonstrar, através de uma

forma genérica, que não houve uma total sucessão ou assunção de algumas ou de muitas obrigações do Banco Bamerindus pelo Banco HSBC. No entanto, não demonstrou, nem sequer argumentou, muito menos provou, o contestante que o negócio realizado entre os autores e o Banco Bamerindus não estava incluído entre aqueles ativos e passivos adquiridos pelo HSBC.

Procura justificar ainda seu posicionamento através da jurisprudência firmada pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, citando um julgado em favor de sua tese, como se infere às fls. 184 a 185 dos autos. Ainda, invoca dois outros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, além da 7ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e outro da 4ª Câmara deste mesmo Tribunal, como se infere das fls. 185 a 187 dos presentes autos.

Quanto a essa parte da jurisprudência, poder-se-ia responder, como tantos outros julgados trazidos pelos autores, constantes das fls. 359 a 365, que demonstram exatamente o contrário. Isso através de julgados firmados pela Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, pela 2ª Câmara Cível daquele mesmo Tribunal, pela mesma 5ª Câmara Cível do Tribunal do Paraná, o que denota que a respeito do negócio realizado, mesmo de forma genérica, entre o Banco Bamerindus e o HSBC, reconheceu ter existido uma sucessão, e, por isso, o Banco HSBC sempre foi reconhecido como parte legítima para figurar no pólo passivo das ações ajuizadas em face de operações bancárias realizadas com o Banco Bamerindus S/A.

Ora, se essa jurisprudência reconhece essa circunstância, mesmo de forma genérica, tenho, como maior razão, a hipótese dos autos, tendo em vista que, como já afirmado, não restou demonstrado em nenhum momento que o negócio realizado entre os autores e o Banco Bamerindus não estava dentre aqueles que foram objeto da negociação entre o Banco HSBC e o Banco Bamerindus, no que diz respeito ao contrato firmado entre eles, no tocante a alguns ativos e passivos como objeto dessa negociação. Não vejo, portanto, como se afastar o Banco HSBC da presente demanda, pois não conseguiu, mesmo através de sua bem fundamentada contestação, demonstrar a não responsabilidade pela assunção dos negócios realizados

pelo Banco Bamerindus antes de transferir no todo ou em parte os ativos e passivos ao HSBC.

Por outro lado, é cediço que o Banco HSBC adquiriu o Banco Bamerindus S/A, ou seja, trata-se de fato público e notório, senão veja-se decisão do TRF da 4ª Região no mesmo sentido:

SFH.PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA.

1. O processo civil moderno não pode se apegar a formalidades desnecessárias. **Sendo fato público e notório que o Banco HSBC adquiriu o Banco Bamerindus S/A**, a legitimidade do primeiro deve ser mantida, contabilizando-se na instituição sob intervenção eventuais ônus decorrentes desta ação.

2. Se a prova pericial apura cumprimento do limite de 30%, imposto pelo Plano de Comprometimento de Renda, não há o que se revisar, pois o mutuário não tem direito a reduzir sua prestação para aquém do comprometimento contratado. Por outro lado, a presunção é de que tem condições de pagar as prestações, já que o comprometimento é razoável, não é exagerado”.

(TRF4; Classe: AC - Apelação Cível; Processo: 2003 04010437254 UF: PR Órgão Julgador: Terceira Turma; Data da Decisão: 23/11/2004 Documento: TRF400101916; DJU Data: 15/12/2004 Página: 539; Des. Rel. Rivaldo Ribeiro dos Santos). Sem grifo no original.

No mérito, a controvérsia da presente demanda reside na verificação de dois pontos. O primeiro, se houve adulteração na procuração outorgada pelos apelados e o segundo, se tal instrumento de mandato conferia poderes específicos para a prática da dação em pagamento do imóvel de propriedade dos recorridos.

O objeto da presente ação é a anulação de escritura pública (fls. 25/29) oriunda de uma dívida proveniente da Distribuidora de Bovinos Tucuruí Ltda. para com o Banco Bamerindus do Brasil, e posteriormente assumida pelo Sr. João Maria de Góis, que procedeu a sua liquidação parcial, com a dação em pagamento do imóvel denominado “Fazenda Jacaracica”, de propriedade dos autores ora apelados, que foram incluídos no aludido negócio na condição de intervenientes, representados mediante a procuração supostamente adulterada e outorgada ao advogado Péricles de Oliveira.

A princípio, verifica-se, às fls. 58, que não há uma harmonia entre os poderes conferidos ao advogado mandatário e o negócio realizado pelo mesmo, no sentido de oferecer o imóvel dos recorridos para liquidar dívida de terceiro sem que haja nenhuma vantagem econômica para os outorgantes, ora apelados, senão veja-se a redação constante no instrumento de mandato:

(...) A quem concedemos poderes ilimitados, com a cláusula *ad judicia*, para representar e defender os outorgantes em todos os processos e ações em que sejam autor, réu, oponente ou mandante, podendo transigir, fazer acordos, firmar compromisso, assinar e reconhecer procedência e o que for preciso referente ao imóvel rural denominado “JACARACICA”, com 354 hectares, situado no município de São José de Mipibu - RN. Podendo ainda o referido procurador, em caráter irrevogável e irretratável, vender, trocar, prometer vender, retrovender e tudo que achar conveniente referente ao citado imóvel, cujo registro imobiliário nº R- 1 - 4.173 do livro 2 fls. 137 do Cartório do 1º Ofício de São José de Mipibu - RN. Podendo ainda substabelecer a presente a quem lhe convier.

Ora, vê-se claramente que os poderes da cláusula *ad judicia* constantes na primeira parte da referida procuração, ou seja, os poderes para defesa dos interesses dos outorgantes/apelados em juízo não são compatíveis com os poderes conferidos na segunda parte, qual seja, da possibilidade do mandatário vender, trocar, prometer vender, retrovender o imóvel “Fazenda Jacaracica”, principalmente pelo fato do negócio ora realizado (dação em pagamento de imóvel de propriedade dos mandantes/apelados realizada para saldar dívida de terceiro) não ter trazido nenhum benefício patrimonial para os outorgantes/recorridos e sim para terceiro.

Nesse sentido, os apelados afirmam que só concederam os poderes constantes na primeira parte do mandato e que o restante teria sido acrescido posteriormente, tendo havido uma simulação no negócio realizado pelo advogado Sr. Péricles de Oliveira com a participação do tabelião Dinarte de Souza e do Sr. João Maria de Góis.

Entendo não ser necessário entrar na seara relativa à adulteração do instrumento de mandato, pois resta evidente que os po-

deres constantes em uma procuração para defesa de interesses no âmbito judicial nada têm a ver com a celebração de atos negociais, especificamente na dação em pagamento de imóvel feita para liquidar dívida de terceiro.

Frise-se que a dação em pagamento realizada pelo advogado mandatário não trouxe nenhuma vantagem ou benefício para os recorridos, pelo contrário, houve uma diminuição do patrimônio deles em benefício de um terceiro, consistindo em ato de mera liberalidade do mandatário quanto ao patrimônio dos mandantes, ora apelados.

Nos termos do art. 653 do CC, a procuração é o instrumento de mandato pelo qual alguém recebe poderes para, em seu nome, praticar atos dentro do interesse do outorgante, o que não foi o caso, pois o advogado mandatário praticou ato alheio aos interesses dos recorridos.

Ao meu ver, para se cogitar uma eventual validade da dação em pagamento realizada, no mínimo, deveria ter sido feita em proveito dos apelados, como, por exemplo, a quitação de dívida dos mesmos, mas jamais feita em favor de terceiro, ante a ausência de poderes especiais e expressos para tanto.

Dessa forma, o advogado mandatário não poderia ter alienado o imóvel denominado “Fazenda Jacaracica”, de propriedade dos recorridos, mediante dação em pagamento com objetivo de purgar dívida de terceiro, sem que tenha poderes especiais e expressos para fazê-lo, diante da previsão do §1º art. 661 do CC, *in verbis*:

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.
(...).

Portanto, sem sobra de dúvidas, mesmo considerando a eventual autenticidade da segunda parte do mandato, mesmo assim não seria possível a realização da dação em pagamento feita pelo advogado/mandatário para a quitação de parte da dívida de terceiro junto ao Banco Bamerindus, pois não há na procuração pode-

res especiais e expressos para a realização do aludido negócio jurídico.

Destarte, deve-se atentar no fato de que não havia consentimento dos apelados para a prática do negócio realizado pelo advogado mandatário, o que demonstra, por si só, que o mandatário exorbitou dos poderes conferidos no instrumento de mandato, realizando ato contrário à vontade dos recorridos.

Na verdade, o que existiu foi uma simulação (art. 167, CC) realizada pelo advogado Péricles de Oliveira e pelo Sr. João Maria de Góis, que teve sua dívida quitada, em parte, com a dação em pagamento do referido imóvel, uma vez que os apelados não declararam em momento algum sua vontade no sentido de quitar dívida de terceiro.

Veja-se o que diz a melhor doutrina sobre simulação:

A simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. (Beviláqua, Clóvis. *Direito Civil*, obs. 1 ao art. 102)

Negócio simulado é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. (Rodrigues, Sílvio. *Direito Civil*. 30ª ed. São Paulo, ed. Saraiva, pg. 104)

Ademais, deve ser mantida de forma irretocável a sentença que declarou nula de pleno direito a escritura pública impugnada, em razão de ter origem no negócio jurídico (dação em pagamento de imóvel) realizado por mandatário sem poderes suficientes para tanto (art. 662 do CC), como pela inobservância do consentimento dos proprietários do imóvel para a dação em pagamento e a extensão dos poderes conferidos na procuração (art. 166, IV, e 167 do CC).

No que pertine aos honorários advocatícios, tenho por razoável a fixação do percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa a serem pagos pelo HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo, considerando o disposto no § 3º do art. 20 do CPC.

Diante do exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 383.397-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Apelantes: ANA TEIXEIRA DOS SANTOS E OUTRAS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO JONES DE OLIVEIRA E OUTRO (APTES.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. SEGURADA ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. PROPOSITURA DA AÇÃO QUANDO O FILHO JÁ TINHA MAIS DE 5 ANOS. NASCIMENTO COMPREENDIDO NO INTERREGNO ENTRE 25.03.94 E 10.12.97. VIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DA LEI 8.213/91, ATUALMENTE REVOGADO. PREVISÃO DO PRAZO DECADENCIAL DE 90 DIAS APÓS O PARTO PARA REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO EM FAVOR DE TRABALHADORA RURAL. SENTENÇA QUE ACOLHEU A DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA NORMA PREVIDENCIÁRIA MAIS BENÉFICA. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AUSÊNCIA DE ATO DENEGATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. MAGISTÉRIO DE CÂMARA LEAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE TRABALHADORA RURAL E DO EXERCÍCIO DE TAL ATIVIDADE POR MAIS DE 10 MESES. PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

- Merece ser afastada a decadência do direito à percepção do salário-maternidade, ainda que os nascimentos dos menores tenham ocorrido no interregno compreendido entre 25.03.94 e 10.12.97, ou seja, na vigência do parágrafo único do art. 71 da Lei 8.213/91, que previa o prazo decadencial de 90 dias, a contar da data do par-

to, para requerer o benefício em apreço, porquanto, em matéria previdenciária, há de se aplicar a lei mais benéfica ao segurado, mesmo tratando-se de sua incidência em situações pretéritas, a fim de evitar-se tratamento desigual àqueles que, em idênticas condições, pleiteiam a obtenção do mesmo benefício.

- Para se averiguar a ocorrência do instituto processual da prescrição quinquenal é da maior relevância saber-se, com total segurança, qual o termo inicial dessa contagem extintiva.

- No tocante às lides previdenciárias, adapta-se, para tanto, a teoria da actio nata, segundo a qual o prazo prescricional extintivo só começa a fluir após o nascimento da ação, que se dá pela violação do direito subjetivo material ou pela ameaça à sua integridade.

- In casu, como não houve pedido administrativo anterior ao intento da presente ação, nem sequer começou a correr o prazo prescricional, porquanto, até então, não ocorreu ato denegatório explícito da Administração obstando a fruição do direito das autoras, rurícolas e mães de menores com mais de 5 anos, quando da propositura da ação.

- O benefício de salário-maternidade é devido à trabalhadora rural desde que comprove o exercício de labor no campo e o período de carência de 10 meses (arts. 71 a 73 da Lei 8.213/98), além de, evidentemente, a ocorrência do parto.

- Tais requisitos podem ser devidamente comprovados por quaisquer tipos de prova, inclusive a testemunhal, a qual, colhida com as cautelas do Juízo e produzida de forma harmônica, mostra-se prestável a formar o livre convencimento do Magistrado acerca do acolhimento do pedido. Precedentes desta Corte Regional: EINFAC 331.437-PB, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJU 02.03.06, p. 704;

EINFAC 322.214-PB, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, DJU 06.04.06, p. 1.052; AC 380.572-CE, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, DJU 30.05.06, p. 905.

- Atendidas que restaram essas exigências legais, é de se conceder o benefício de salário-maternidade, criado com o fito de oferecer amparo econômico às seguradas que se tornaram mães.

- Apelação dos rurícolas provida. Fixação da verba honorária sucumbencial na monta de R\$ 2.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 383.397-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas na forma da lei.

Recife, 22 de agosto de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de apelação cível interposta por Ana Teixeira dos Santos e outros, em face de sentença de fls. 236/240, da lavra da eminente Juíza da 2ª Vara Federal da SJ do Ceará, que, ao apreciar a Ação Ordinária 2000.81.00.11060-3, intentada em 02.06.00, na qual se visava à concessão de salário-maternidade a rurícolas cujos filhos já detinham, à época, mais de 5 anos de idade, entendeu por julgá-la extinta, com fulcro no art. 269, IV, do CPC, tendo em vista a ocorrência da decadência do direito alegado, eis que à data dos nascimentos dos menores vigia o disposto no parágrafo único

do art. 71 da Lei 8.213/91, que estipulava o prazo de 90 dias após o parto para a segurada especial requerer a concessão do benefício em apreço.

2. No presente recurso, alegam as apelantes que a decadência deve ser afastada, porquanto a indicação temporal imposta ao requerimento do benefício de salário-maternidade contida no parágrafo único do art. 71 da Lei 8.213/91, atualmente revogado, tem caráter facultativo, não induzindo à decadência, ainda que requerida tardiamente, conforme entendimento assente na jurisprudência do País.

3. Ao responder, a parte apelada pugnou pela manutenção da sentença em todos os seus termos, renovando os seus fundamentos.

4. O recurso foi recebido em ambos os efeitos.

5. É este o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. Compulsando os autos, verifica-se que o nascimento dos menores que pudesse ensejar a concessão do benefício ora pleiteado ocorreu, realmente, no interregno compreendido entre 25.03.94 e 10.12.97, ou seja, ainda na vigência do parágrafo único do art. 71 da Lei 8.213/91, que previa o prazo decadencial de 90 dias, a contar da data do parto, para requerer o benefício em apreço.

2. Acontece que, em matéria previdenciária, há de se aplicar a lei mais benéfica ao segurador, mesmo tratando-se de sua incidência em situações pretéritas, para se evitar tratamento desigual àqueles que, na mesma condição, pleiteiam a obtenção do mesmo benefício; daí, também se afastar, *in casu*, a aplicação do mencionado dispositivo legal.

3. Nesse sentido, vale trazer à colação os seguintes julgados:

RESP. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. LEI BENÉFICA. Em tema de benefício previdenciário aplica-se a lei mais favorável ao hipossuficiente. O princípio jurídico não pode, por imperativo de justiça (última *ratio* do Direito) ser dis-

posto contrariamente pela lei. (REsp. 199.900-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 24.05.99).

(...).

O cálculo do tempo de serviço prestado em condições especiais é regido pela norma vigente à época da prestação do serviço, salvo se a fórmula de cálculo de norma superveniente for mais benéfica ao titular do direito, hipótese em que se origina, com a incidência desta, a aquisição retroativa do direito à aplicação mais favorável ao tempo de serviço ainda não utilizado pelo respectivo titular para aposentadoria. (TRF5, AMS 78.089-PB, Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro, DJU 01.10.03).

4. No que diz respeito à ocorrência da prescrição quinquenal, não há dúvida alguma de que a prescrição de quaisquer direitos contra a Fazenda Pública (incluindo neste conceito as Autarquias componentes da Administração Indireta da União Federal) ocorre em 5 anos, mas é da maior relevância saber-se, com total segurança, qual o termo inicial dessa contagem extintiva.

5. Quanto a esse aspecto, adapta-se a teoria da *actio nata*, segundo a qual o prazo prescricional extintivo só começa a fluir após o nascimento da ação, que se dá pela violação do direito subjetivo material ou pela ameaça à sua integridade.

6. A doutrina jurídica nacionalmente consagrada é harmônica nesse sentido, toda calcada no magistério do festejado Mestre Câmara Leal:

Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez adquirido, entra como faculdade de agir (*facultas agendi*), para domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não uso, ou não exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação. E essa potencialidade, que se mantém pela falta de exercício, só poderá sofrer algum risco e vir a atrofiar-se se, contra a possibilidade de seu exercício a todo momento, se opuser alguém, procurando embaracá-la, ou impedi-la, por meio de ameaça ou violação. É então que surge uma situação antijurídica, perturbadora da estabilidade do direito, para cuja remoção foi instituída a ação, como custódia tutelar. É contra essa inércia

do titular, diante da perturbação sofrida pelo seu direito, deixando de protegê-lo, ante a ameaça ou violação, por meio da ação, que a prescrição se dirige, porque há um interesse social de ordem pública em que essa situação de incerteza e instabilidade não se prolongue. (Da Prescrição e da Decadência, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 10).

7. Com base nessa lição, penso, respeitando os posicionamentos adversos, que, no presente caso, a prescrição ao direito de ação visando à percepção do benefício do salário-maternidade ainda nem começou a correr, vez que, até então, não houve ato inequívoco da Administração negando o direito das autoras à percepção do salário-maternidade; neste contexto, a inércia delas, tão-só, como se viu, não gera prescrição alguma, restando, destarte, intocável a existência de poder pleiteá-lo no momento que mais convier ao seu titular.

8. Desse modo, evidencia-se equivocado o entendimento bastante difundido de que a prescrição consiste na perda do exercício do direito de ação, em virtude da inércia de seu titular por um certo lapso de tempo; essa assertiva, ao meu modesto ver, não é suficiente para explicar a complexidade deste fenômeno, pois, apenas a inércia do titular não é capaz de, por si só, fulminar o direito de ação, sendo necessária, ademais, a existência da ameaça ou lesão a direito, para que se inicie o curso do prazo prescricional, como já dito.

9. Ultrapassada essa questão, resta, portanto, verificar se estão presentes os requisitos ensejadores à concessão do benefício em comento.

10. Previsto nos arts. 71 a 73 da Lei 8.213/91, o salário-maternidade é devido à segurada empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa e à segurada especial, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste.

11. Para sua concessão, exige-se carência de 10 contribuições mensais; no entanto, em se tratando de segurada especial, é necessária apenas a comprovação do exercício de atividade rural nos últimos 10 meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, ainda que de forma descontínua.

12. Impende ressaltar que, conjuntamente com a última parcela paga em cada exercício, é devido o abono anual do salário-maternidade, o qual deve ser pago proporcionalmente ao período de duração do benefício.

13. Dessa forma, a trabalhadora rural tem direito ao salário-maternidade desde que comprovada a condição laborativa invocada (trabalhadora rural) referente ao período de carência (10 meses), não se exigindo que haja contribuído para o sistema previdenciário e, evidentemente, a ocorrência do parto.

14. No tocante à condição de trabalhadora rural, constam nos autos depoimentos testemunhais que atestam a qualidade de rúrcola das autoras, desempenhada há mais de 10 meses, sendo tal prova prestante para a comprovação da atividade rural desenvolvida, consoante se depreende dos seguintes arestos proferidos nesta egrégia Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE.

1. O art. 102, I, da Constituição e o art. 48, parágs. 1º e 2º, da Lei 8.213/91 asseguram ao trabalhador rural o direito à aposentadoria por idade ao completar 60 (sessenta) anos, se homem, e 55 (cinquenta e cinco), se mulher, desde que comprovado o exercício de atividade rural por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondentes à carência do benefício pretendido.

2. As provas deduzidas em juízo devem ser suficientes para formar o convencimento do Magistrado, sendo admissível prova exclusivamente testemunhal se tal desiderato foi alcançado.

3. Hipótese em que restaram devidamente comprovados os requisitos da idade e do desempenho da atividade rural pelo tempo necessário à percepção da aposentadoria questionada.

4. Embargos infringentes improvidos. (EINFAC 331.437-PB, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJU* 02.03.06, p. 704).

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. TRABALHADOR RURAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE.

(...).

2. A prova testemunhal contida nos autos afirma, de modo unânime e convincente, que a embargante sempre trabalhou na agricultura de subsistência. Os depoimentos produzidos perante o Magistrado de 1º Grau confirmam com suficiente segurança a versão apresentada pela ora embargada, podendo o Juízo, com base nesses elementos, firmar seu livre convencimento.

3. O TRF5 admite a prova exclusivamente testemunhal produzida em juízo para a comprovação de tempo de serviço rural. Precedentes: EINFAC 284.727-CE; EINFAC 293.336-CE.

(...). (EINFAC 322.214-PB, Rel. Des. Federal MARGARIDA CANTARELLI, *DJU* 06.04.06, p. 1.052).

(...).

A norma constante no art. 55, parág. 3º, da Lei 8.213/91 somente tem aplicação no âmbito administrativo, não sendo o Magistrado a ela vinculado, pois estaria ferindo o princípio do livre convencimento, manifestado pela liberdade no exame das provas, desde que baseado nos elementos probatórios demonstrados nos autos. Deve ser prestigiado o valor das provas testemunhais, pois foram colhidas de pessoas das quais não foram suscitadas quaisquer dúvidas quanto à integridade e que mostraram ser conhecedoras da causa e contemporâneas aos fatos narrados.

(...). (AC 380.572-CE, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, *DJU* 30.05.06, p. 905).

15. Com efeito, o entendimento acima esposado é admissível porque, na avaliação da prova da condição de rurícola, não deve o Juiz proceder com um rigor tão excessivo que a torne quase impossível, tendo em vista a peculiaridade da situação dos trabalhadores do campo que, em sua maioria, prestam serviços em propriedades familiares, não dispendo de contrato solene que comprove sua situação.

16. Já com relação aos partos, repousam nos autos as Certidões de Registro Civil respectivas, atestando os nascimentos dos menores em questão.

17. Com essas considerações, atendidos que restaram os requisitos para a percepção do salário-maternidade, dou provimen-

to ao apelo das rurícolas, concedendo-lhes a percepção do salário-maternidade, mesmo que requerido quando os seus filhos já detinham mais de 5 anos de idade.

18. Fixo os honorários advocatícios sucumbenciais no valor de R\$ 2.000,00, com base no parág. 4º do art. 20 do CPC, tendo em vista a pouca complexidade da causa.

19. É como voto, eminentes Pares.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 386.604-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelantes: CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E OUTRO
Apelada: FERNANDA LÚCIA PEREIRA DA SILVA
Recte. Ad.: FERNANDA LÚCIA PEREIRA DA SILVA
Advs./Procs: DRS. ANTÔNIO XAVIER DE MORAES PRIMO E OUTROS (APTES.) E ARNAUD MAIA DOS SANTOS JÚNIOR (APDA.)

EMENTA: CIVIL. SFH. CONTRATO. COBERTURA PELO FCVS. QUITAÇÃO DO DÉBITO. INCIDÊNCIA DA TR (LEI Nº 8.177/91). COEFICIENTE DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (CES) - PREVISÃO CONTRATUAL. AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR.

- Ação que discute a extinção de contrato firmado com o comprometimento do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS). Legitimidade passiva da CEF.

- A vedação contida no art. 3º da Lei nº 8.100/90, com a redação dada pela Lei nº 10.150/2000, não alcança o contrato de financiamento habitacional firmado antes de 5 de dezembro de 1990, fazendo jus os mutuários à quitação do saldo devedor, independentemente da liquidação anterior de outro financiamento com cobertura pelo FCVS.

- Sendo a quitação do imóvel, com aplicação do FCVS, a única questão causadora de gravame jurídico ao agente financeiro, imposta pela condenação, não deve ser conhecida a apelação quanto às outras matérias postas em julgamento.

- A TR (Taxa Referencial) pode ser utilizada como fator de atualização monetária de prestações e saldo devedor de contrato de financiamento regido pelo SFH, celebrado antes do advento da Lei nº 8.177/91. O que não é possível, nos termos da decisão do STF, é a substituição de índices previstos em contrato pela TR. Caso em que o contrato não impede a aplicação da TR.

- Atualização do saldo devedor antes da dedução das parcelas do financiamento. Legalidade. Jurisprudência do eg. TRF-5ª Região.

- O adicional do coeficiente de equivalência salarial é aplicável nos cálculos do financiamento regido pelo SFH, havendo previsão contratual.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da CEF quanto à quitação do saldo devedor com aplicação do FCVS e não conhecer do recurso no restante, e dar provimento, em parte, ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 10 de agosto de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

A Caixa Econômica Federal e Fernanda Lúcia Pereira da Silva interpuseram apelação e recurso adesivo, respectivamente, contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara/PE, que,

em ação ordinária, julgou improcedente o pedido de revisão do contrato de financiamento habitacional, regido pelo SFH.

A CEF alega, em síntese, que: a) foram celebrados dois contratos com o mutuário, de Mútuo com obrigações e Hipoteca, preenchidos os requisitos exigidos para a validade do ato; b) que as prestações devem ser subtraídas do saldo devedor do financiamento depois de sua atualização monetária; c) os juros aplicados são aqueles previstos no contrato; d) inexistente capitalização de juros; e) inexistente ilegalidade da incidência da TR, com respaldo nos arts. 17 e 18 da Lei nº 8.177/91, que não foi declarado inconstitucional na ADIN 493; f) tem previsão legal a aplicação do Coeficiente de Equiparação Salarial - CES; g) é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor-CDC; h) as parcelas do FCVS foram exigidas junto com as prestações, encontrando-se de acordo com as normas do SFH; i) é direito do exequente a inserção dos nomes dos mutuários nos órgãos de restrição ao crédito (SPC, SERASA, CADIN).

Em recurso adesivo, Fernanda Lúcia Pereira da Silva argumenta a ilegalidade da incidência da TR, sob o argumento de que o col. STF a declarou inconstitucional na ADIN 493-0/DF. Defende que a correção monetária do saldo devedor deve ser feita após a amortização das parcelas pagas. Ressalta a ilegalidade da aplicação do Coeficiente de Equivalência Salarial - CES, pois esse adicional torna as prestações excessivas.

Houve contra-razões.

É o relatório.

Dispensada a revisão, determino a inclusão do processo em pauta.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A jurisprudência do eg. STJ já firmou o entendimento de que a Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva nas ações que discutem o comprometimento do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, em contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação:

EMENTA: SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FCVS.

A CEF é litisconsorte necessária nas causas que possam comprometer o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, REsp 174.066/SP; Rel. Ari Pargendlher; DJ de 08.09.1998)

O agente financeiro excluiu do FCVS o contrato objeto desta ação. O art. 3º da Lei nº 8.100, de 05 de dezembro de 1990, com a redação dada pela Lei nº 10.150 (21.12.2000), dispõe:

Art. 3º. O Fundo de Compensação das Variações Salariais-FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, inclusive os já firmados no âmbito do SFH.

§ 1º. No caso de mutuários que tenham contribuído para o FCVS em mais de um financiamento, desde que não sejam referentes a imóveis da mesma localidade, fica assegurada a cobertura do Fundo, a qualquer tempo, somente para quitações efetuadas na forma estabelecida no *caput* do art. 5º da Lei nº 8.004, ou 14 de março de 1990.

§ 2º. Ocorrendo a hipótese de um mutuário figurar como co-devedor em contrato celebrado anteriormente, não será considerado como tendo mais de um financiamento.

O artigo 9º, § 1º, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que criou o Sistema Financeiro da Habitação, veda a celebração de dois financiamentos para aquisição de dois imóveis residenciais, situados no mesmo município, nestes termos:

Art. 9º. Todas as aplicações do sistema terão por objeto, fundamentalmente, a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção da mesma.

§ 1º. As pessoas que já forem proprietárias, promitentes compradoras ou cessionárias de imóvel residencial na mesma localidade não poderão adquirir imóveis objeto de aplicação pelo sistema financeiro da habitação.

O mencionado § 1º do artigo 9º da Lei nº 4.380, de 1964, foi revogado pelo artigo 8º da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de

agosto de 2001, que, dispondo sobre a adoção de medidas relacionadas com o SFH e promovendo alterações nas Leis nºs 4.380, de 1964, 8.036, de 1990, e 8.692, de 1993, prevê no seu artigo 8º:

Art. 8º. Ficam revogados o § 1º do art. 9º e o art. 14 da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e o art. 23 da Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993.

No caso, o contrato foi assinado em 1985, encontrando o pedido de liquidação do saldo devedor sob o amparo da Lei nº 8.100, de 1990, com a redação dada pela Lei nº 10.150/2000, não havendo qualquer restrição quanto ao fato de ter quitado anteriormente financiamento habitacional com cobertura pelo FCVS. Nesse mesmo sentido, expressou-se a jurisprudência firmada desta eg. Terceira Turma:

EMENTA: DIREITO ECONÔMICO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. MODIFICAÇÃO DO *DECISUM*.

1. A proibição de utilização do fundo de compensação de variações salariais (FCVS) para um segundo imóvel somente veio a acontecer com a Lei nº 8.100, de 05.12.90.

2. A Lei nº 10.150, de 21.12.2000, excepcionou da proibição de quitação o saldo devedor dos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS, o que dá direito ao mutuário continuar pagando o valor representativo à contribuição do referido fundo, nas prestações mensais do financiamento acordado com a CEF.

3. Apelação provida.

(TRF - 5ª Região; Terceira Turma; Rel. Des. Federal Manoel Erhardt - convocado; *DJ* de 06.11.2003)

Nesse aspecto, nego provimento à apelação.

Quanto às demais matérias ventiladas no recurso, não conheço, pois a quitação do imóvel, com aplicação do FCVS, é a única questão causadora de gravame jurídico, imposta pela condenação.

Passo ao exame do recurso adesivo.

Recurso Adesivo de Fernanda Lúcia Pereira da Silva - O col. STF, ao julgar a ADIN nº 493-0 - DF, não declarou a inconstitucio-

nalidade da utilização da TR como indexador de correção monetária, mas, apenas, da sua aplicação em substituição a índice estipulado no contrato firmado anteriormente à sua criação, em infringência ao ato jurídico perfeito.

Inexiste, pois, qualquer inconstitucionalidade na utilização da TR (Taxa Referencial) como fator de atualização monetária de prestações e saldo devedor de contratos de financiamento regidos pelo SFH, pactuados posteriormente à Lei nº 8.177/91, que instituiu a Taxa Referencial, sendo admissível sua aplicação nos contratos firmados antes do advento da Lei nº 8.177, desde que vinculem expressamente a correção monetária à remuneração das cadernetas de poupança.

A esse respeito, é pacífica a jurisprudência. Eis os precedentes:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE INDEXAÇÃO.

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação.

O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. CF, art. 5º, XXXVI.

II - No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. É dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR.

III - RE não conhecido.

(RE 175.678, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04.08.95)

EMENTA: DEPÓSITO JUDICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL. ATO DA CORREGEDORIA.

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, os depósitos judiciais devem ser atualizados de acordo com os provimentos administrativos do órgão judiciário competente. No

presente caso, determinada a utilização dos índices da caderneta de poupança, tem-se como legal a incidência da Taxa Referencial, que serve de base para aquela.

1. Recurso especial não conhecido.

(REsp 142.447/MG; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; *DJ* de 14.12.1998)

No mesmo sentido, as decisões proferidas no REsp 229590/SP-1999, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* de 18.05.2000; REsp 228.031/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 19.03.2001).

No caso em exame, o contrato prevê a atualização monetária do saldo devedor do financiamento habitacional pelos mesmos índices utilizados para a correção das cadernetas de poupança, sendo legal a incidência da TR (Taxa Referencial).

A recorrente pugna pela atualização monetária da dívida após a dedução das parcelas quitadas, e não, antes do pagamento das prestações, com base no art. 6º, alínea c, da Lei nº 4.380/64, que instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários e o Sistema Financeiro para aquisição da casa própria, orientando que:

ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros.

O citado dispositivo legal foi revogado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 19/66, ensejando a edição das Resoluções nº 1.446/88 e 1.980/93 (art. 20) do Banco Central do Brasil, que preconizam:

XXIII - O Banco Central do Brasil fica autorizado a baixar as normas, a adotar as medidas necessárias à execução do disposto nesta Resolução, bem como a disciplinar as operações de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, inclusive no que diz respeito aos seguintes aspectos:

(...)

e) regime de amortização empregado.

Resolução nº 1.980/93 - art. 20. A amortização decorrente do pagamento de prestação deve ser subtraída do saldo devedor do financiamento depois de sua atualização monetária, ainda que os dois eventos ocorram na mesma data.

A interpretação jurisprudencial deste eg. Tribunal, através da Primeira Turma, firmou-se no sentido de que a atualização do saldo devedor deve preceder à amortização das parcelas, nestes termos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO-SFH. CASA PRÓPRIA. CONTRATO DE MÚTUO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC AOS CONTRATOS DO SFH. POSSIBILIDADE DE USO DA TR COMO FATOR DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR.

I - O SFH possui regras e princípios próprios, caracterizando, com efeito, um regime especial, sob o qual não incidem as regras do CDC.

II - Inexistindo óbice legal ao uso da TR como fator de correção do saldo devedor, mantém-se a vontade das partes consolidada na avença. O SFH capta seus recursos das cadernetas de poupança e do FGTS. Se esses recursos na origem são corrigidos pela TR, modificar tal critério de correção implicaria inadmissível desequilíbrio da operação financeira.

III - Restou evidenciado nos autos o desrespeito às regras do PES/CP, razão pela qual o valor das parcelas do contrato deve ser revisto para que não seja majorado acima do reajuste concedido à categoria profissional do autor.

IV - O coeficiente de equiparação salarial não se presta a reajustar o valor do encargo mensal, porquanto a utilização do mesmo não está prevista no contrato celebrado.

V - A atualização do saldo devedor deve anteceder a amortização, pois, do contrário, o principal estaria sendo pago sem a devida correção monetária, o que implicaria depreciação do montante e conseqüente prejuízo para o detentor do capital.

VI. Apelação parcialmente provida. (TRF 5ª Região; Primeira Turma; AC nº 282.220-RN; Rel. Margarida Cantarelli; DJ de 01.08.2002)

Não há previsão contratual sobre a fórmula de cálculo de amortização das prestações, se antes ou depois da atualização do saldo devedor, constando apenas a periodicidade da atualização da dívida, no dia correspondente ao da assinatura do contrato.

Dessa forma, acompanho o posicionamento da eg. Primeira Turma deste Tribunal para acolher a fórmula de evolução do saldo

devedor, com dedução da parcela após a correção da dívida do financiamento, utilizada pelo agente financeiro.

A recorrente defende a exclusão do CES - Coeficiente de Equiparação Salarial nos cálculos do contrato de financiamento habitacional.

José Maria Aragão, em engenhoso estudo sobre o Sistema Financeiro da Habitação, esclarece que o Coeficiente de Equiparação Salarial - CES era “um multiplicador aplicado à prestação inicial refletindo a relação salário-mínimo/UPC e que variava em função do mês de assinatura do contrato e da previsão de variação da ORTN até o próximo reajuste, o que equivalia a um prognóstico sobre a evolução futura da inflação. O CES, na realidade, era um adicional à prestação, que se destinaria a reforçar o FCVS, ao qual caberia a responsabilidade de liquidar o saldo devedor ao final do prazo contratual (...)”.

O referido autor explicita que a “disparada das taxas de inflação, a partir de 1979, combinada com a política de achatamento salarial das classes médias observada a partir daquele ano, tornaria tais reajustamentos de todo insuficientes para impedir o acúmulo de responsabilidade do FCVS em valores muito superiores aos de suas disponibilidades”. (Sistema Financeiro da Habitação - Editora Juruá, 1ª edição-2ª tiragem-2000/ pág. 190)

O Coeficiente de Equiparação Salarial - CES tem, assim, a finalidade de corrigir eventuais distorções entre os reajustes salariais do mutuário e a correção monetária aplicável nos financiamentos habitacionais.

A aplicabilidade do CES era prevista pelos normativos infralegais editados pelo BNH - Banco Nacional da Habitação ou pelo BACEN - Banco Central do Brasil.

Com o advento da Lei nº 8.692, de 28.07.1993, o CES passou a integrar a legislação relativa ao PES e ao Plano de Comprometimento de Renda-PCR, nestes termos:

Art. 8º. No Plano de Equivalência Salarial o encargo mensal, conforme definido no parágrafo único do art. 2º desta Lei, acrescido do Coeficiente de Equivalência Salarial - CES, será reajustado no mesmo percentual e na mesma

periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário, aplicável no mês subsequente ao de competência do aumento salarial.

No caso, o contrato assinado antes da entrada em vigor da Lei nº 8.692/93 não prevê a cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial-CES, sendo ilegal sua incidência nos cálculos das prestações do financiamento habitacional.

Nesse ponto, procede a apelação.

Sucumbência recíproca. As partes devem arcar com os honorários de seus advogados.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da CEF quanto à quitação do saldo devedor com aplicação do FCVS, não conhecendo do recurso no restante, e dou provimento, em parte, ao recurso adesivo de Fernanda Lúcia Pereira da Silva, apenas para reconhecer a ilegalidade da cobrança do CES - Coeficiente de Equiparação Salarial no contrato em questão.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 391.395-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Apelado: EZEQUIEL DO NASCIMENTO
Advs./Procs.: DRS. SÉRGIO COSMO FERREIRA NETO E OUTROS (APTE.) E EDUARDO JOSÉ DO NASCIMENTO (APDO.)

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL. PIS. SAQUE POR MOTIVO DE DOENÇA GRAVE NÃO PREVISTA EXPRESSAMENTE NA LEGISLAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE. ART. 5º DA LICC. APLICABILIDADE. DIREITOS CONSTITUCIONAIS À SAÚDE E À VIDA. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FUNDAMENTO DA REPÚBLICA (CF, ART. 1º, INCISO III). PRINCÍ-

PIOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS (CF, ART. 60, § 4º). OBSERVÂNCIA.

- Trata-se de apelação da CEF contra sentença de fls. 83 a 84, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto José Carlos Dantas T. de Souza, da 10ª Vara/PE, que julgou procedente o pedido do autor/apelante de levantamento do saldo da conta do PIS por motivo de doença grave.

- Quando em julgados atinentes ao levantamento de valores relativos ao FGTS (v.g. AC nº 340.693/PE), tem-se observado que o aludido fundo se constituiu primeiramente, ao longo dos tempos, pelo próprio empregado em seu benefício, de modo a socorrê-lo, nas situações previstas em lei, entre elas, as de extrema necessidade, como a aquisição de imóvel para residência própria e, logicamente, questões de saúde.

- Também o PIS não merece distinta análise. A Lei Complementar 26/75 não estabeleceu as hipóteses em que a doença é considerada grave para efeito de levantamento de conta do PIS. Coerente, pois, a decisão do juízo a quo que julgou procedente o pedido do autor, utilizando-se de interpretação sistemática do ordenamento pátrio, inclusive nos moldes teleológicos da aplicabilidade da lei, consoante o que estabelece a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, in verbis: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

- A CEF aduz que a doença de que é portador o apelado não se encontra nas hipóteses legais de levantamento, pois nestas encontrariam abrigo apenas a SIDA/AIDS e a neoplasia maligna. Todavia, não há qualquer razoabilidade em restringir o alcance da norma. O direito deve perfazer um mínimo indispensável ao equilíbrio dinâmico da sociedade e, como tal, não pode prescindir de uma aplicação sistêmica do ordenamento.

O operador do direito deve se ater mais aos fins da norma do que à literalidade de suas frias palavras. Não resta dúvida de que não cabe ao Judiciário legislar, entretanto, não se cuida a hipótese de editar regramentos, mas de aplicar teleologicamente o comando normativo, atendendo a mens legis que movera o espírito do legislador.

- Não é sem razão que dentre os princípios constitucionais sensíveis, sobre os quais não se admite sequer a discussão de projetos tendentes a extirpá-los do ordenamento (art. 60, § 4º), encontra-se a dignidade da pessoa humana, dentro dos direitos e garantias fundamentais, cuja observância se faz indispensável na hipótese. Tal preceito é, inclusive, fundamento da nossa República (art. 1º, inciso III, CF).

- O apelado, devidamente submetido a perícia determinada pelo juízo a quo, encontra-se em situação de necessidade, cuja manutenção avilta a dignidade da pessoa humana e fere mortalmente o fundamento de validade do direito: o ser humano. Às fls. 70/74, tem-se análise minuciosa do perito que confirma as doenças que acometem o Sr. Ezequiel do Nascimento: hipertensão arterial sistêmica, acidente vascular cerebral hemorrágico e insuficiência renal crônica. No que pertine ao prognóstico, o experto anotou: “O quadro poderá se repetir e a incapacidade aumentar, uma vez que a hipertensão arterial é que predispõe a novos acidentes vasculares e infelizmente os níveis pressóricos”. Nas respostas aos quesitos, dentre outros, afirmou que a incapacidade seria definitiva, não existindo cura para as enfermidades do periciando”.

- Precedentes desta Corte (AC 340.693/PE, Segunda Turma, unânime, Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira, data do julgamento 10/08/2004, AC 380.400/CE, Primeira Turma, unânime, Rel. Des.

Fed. convocado César Carvalho, DJ 30/05/2006 p. 937; AC 366.574/SE, Terceira Turma, unânime, Rel. Des. Fed. Ridalvo Costa, DJ 10/02/2006, p. 1000; AC 348.739/AL, Quarta Turma, unânime, Rel. Des. Fed. convocado Ivan de Lira Carvalho, DJ 05/07/2005, p. 453.)

- Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp 719.310/RS, sob Relatoria do Ministro Luiz Fux, DJ 13.02.2006, p. 695, ementou o seu entendimento, consolidado inclusive em precedentes daquela Corte, pela possibilidade de levantamento dos valores relativos ao PIS quando da ocorrência de moléstia grave, ainda que esta não se encontre expressamente prevista no texto legal: “O Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais, tem admitido a liberação do saldo do PIS/PASEP para fazer face às despesas com doença grave (...). O julgador, na aplicação da lei, não deve restringir-se à singela subsunção do fato à norma, mas, antes, auscultar os princípios vetores do ordenamento jurídico e os fins a que se destina, concedendo relevo à tutela da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República”.

- Apelação da CEF improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação da CEF, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 5 de setembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Trata-se de apelação da CEF contra sentença de fls. 83 a 84, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto José Carlos Dantas T. de Souza, da 10ª Vara/PE, que julgou procedente o pedido do autor/apelante de levantamento do saldo da conta do PIS por motivo de doença grave. A CEF aduz, em suas razões de recurso (fls. 89/92), que a decisão recorrida se deu sem atender a qualquer base legal específica de levantamento de valores relativos à conta do PIS (Decreto nº 78.276/76, que regulamenta a Lei Complementar nº 26/75). Contra-razões (fls. 97/100).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Trata-se de apelação da CEF contra sentença de fls. 83 a 84, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto José Carlos Dantas T. de Souza, da 10ª Vara/PE, que julgou procedente o pedido do autor/apelante de levantamento do saldo da conta do PIS por motivo de doença grave.

A CEF aduz, em suas razões de recurso (fls. 89/92), que a decisão recorrida se deu sem atender a qualquer base legal específica de levantamento de valores relativos à conta do PIS (Decreto nº 78.276/76, que regulamenta a Lei Complementar nº 26/75).

Contra-razões (fls. 97/100).

Quando em julgados atinentes ao levantamento de valores relativos ao FGTS (v.g. AC nº 340.693/PE), tenho observado que o aludido fundo se constituiu primeiramente, ao longo dos tempos, pelo próprio empregado em seu benefício, de modo a socorrê-lo, nas situações previstas em lei, entre elas, as de extrema necessidade, como a aquisição de imóvel para residência própria e, logicamente, questões de saúde.

Também o PIS não merece distinta análise. A Lei Complemen-

tar 26/75 não estabeleceu as hipóteses em que a doença é considerada grave para efeito de levantamento de conta do PIS. Coerente, pois, a decisão do juízo *a quo* que julgou procedente o pedido do autor, utilizando-se de interpretação sistemática do ordenamento pátrio, inclusive nos moldes teleológicos da aplicabilidade da lei, consoante o que estabelece a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, *in verbis*: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim como tenho entendido para os levantamentos relativos ao FGTS, tenho que a finalidade de ambos (FGTS e PIS) é a proteção do trabalhador, não havendo por que se dar interpretação diversa *in casu*.

No que pertine ao Programa de Integração Social, assim dispõe a Constituição Federal:

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

§ 1º - Dos recursos mencionados no *caput* deste artigo, pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.

§ 2º - Os patrimônios acumulados do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público são preservados, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento, ficando vedada a distribuição da arrecadação de que trata o *caput* deste artigo, para depósito nas contas individuais dos participantes.

Cumprido registrar que o direito à Saúde encontra guarida constitucional:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A CEF aduz que a doença de que é portador o apelado não se encontra nas hipóteses legais de levantamento, pois nestas encontrariam abrigo apenas a SIDA/AIDS e a neoplasia maligna. Ora, não há qualquer razoabilidade em restringir o alcance da norma, senão vejamos.

O direito deve perfazer um mínimo indispensável ao equilíbrio dinâmico da sociedade e, como tal, não pode prescindir de uma aplicação sistêmica do ordenamento. O operador do direito deve se ater mais aos fins da norma do que à literalidade de suas frias palavras. Não resta dúvida de que não cabe ao Judiciário legislar, entretanto não se cuida a hipótese de editar regramentos, mas de aplicar teleologicamente o comando normativo, atendendo a *mens legis* que movera o espírito do legislador.

Guardando amparo constitucional o direito à saúde e remetendo o mesmo texto constituinte o levantamento do PIS às especificidades legais, não há dúvidas de que a doença grave, devidamente albergada na lei, deve ser avaliada caso a caso, sob pena de penalizar o jurisdicionado que, em última análise, é para quem a norma existe, é o fundamento mesmo da existência do direito.

Não é sem razão que dentre os princípios constitucionais sensíveis, sobre os quais não se admite sequer a discussão de projetos tendentes a extirpá-los do ordenamento (art. 60, § 4º, CF), encontra-se a dignidade da pessoa humana, dentro dos direitos e garantias fundamentais, cuja observância se faz indispensável na hipótese. Tal preceito é, inclusive, fundamento da nossa República (art. 1º, inciso III, CF).

O apelado, devidamente submetido a perícia determinada pelo Juízo *a quo*, encontra-se em situação de necessidade, cuja manutenção avilta a dignidade da pessoa humana e fere mortalmente o fundamento de validade do direito: o ser humano. Às fls. 70/74, tem-se análise minuciosa do perito que confirma as doenças que acometem o Sr. Ezequiel do Nascimento: hipertensão arterial sistêmica, acidente vascular cerebral hemorrágico e insuficiência renal

crônica. No que pertine ao prognóstico, o experto anotou: “O quadro poderá se repetir e a incapacidade aumentar, uma vez que a hipertensão arterial é que predispõe a novos acidentes vasculares e infelizmente os níveis pressóricos”. Nas respostas aos quesitos, dentre outros, afirmou que a incapacidade seria definitiva, não existindo cura para as enfermidades do periciando”.

Aliás, outro não tem sido o posicionamento desta Segunda Turma e das demais Turmas deste Tribunal, que vêm decidindo:

AC 340.693/PE, Segunda Turma, unânime, Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira, Data de Julgamento: 10/08/2004.
PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. FGTS. SAQUE POR MOTIVO DE DOENÇA GRAVE. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se de apelação interposta à sentença que, apreciando o pleito inicial que foi no sentido de liberação do FGTS para tratamento de saúde (cardiopatia grave + hipertensão arterial + *diabetes mellitus*), concluiu por negar o pedido.

2. Sendo o direito à saúde assegurado pelo art. 6º da CF/88 e, aplicando-se o disposto no art. 5º da LICC, em que determina que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, não há como denegar-se pedido de liberação do FGTS, por motivo de doença grave, em face da inexistência de dispositivo legal que autorize.

3. Apelação provida.

AC 380.400/CE, Primeira Turma, unânime, Rel. Des. Fed. convocado César Carvalho, DJ 30/05/2006, p. 937.

ADMINISTRATIVO. LIBERAÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA VINCULADA DO FGTS. PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E DE CARÁTER PROGRESSIVO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVADO ART. 20 DA LEI Nº 8.036/90.

1. A possibilidade de levantamento do FGTS por motivo de doença não se esgota nos casos de neoplasia maligna e AIDS, expressamente previstos na legislação (art. 20, XIII, da Lei nº 8.036/90). Nada impede que seja dada interpretação extensiva a tais dispositivos, no sentido de assegurar o direito à vida e à saúde (art. 5º e 196 da Constituição), que lhes serve de fundamento, de modo a considerar

neles incluídas outras hipóteses para o levantamento dos depósitos de FGTS. Precedentes desta Corte.

2. Apelação improvida.

AC 366.574/SE, Terceira Turma, unânime, Rel Des. Fed. Ridalvo Costa, *DJ* 10/02/2006, p.1000.

APELAÇÃO CÍVEL. PIS/PASEP. LEVANTAMENTO. HIPÓTESE DE DOENÇA GRAVE NÃO PREVISTA EM LEI. POSSIBILIDADE.

- É possível o levantamento do PIS/PASEP para tratamento de doenças graves, precedentes.

AC 348.739/AL, Quarta Turma, unânime, Rel. Des. Fed. convocado Ivan de Lira Carvalho, *DJ* 05/07/2005, p. 453. ADMINISTRATIVO. SAQUE DO PIS. DOENÇA GRAVE. LC Nº 26/75.

I. Pretensão de portadora de doença grave de efetuar o levantamento do valor depositado em conta do PIS.

II. Ainda que a doença da qual é autora portadora não esteja elencada no rol da LC 26/75, não deve haver a aplicação da estrita letra da lei, podendo o julgador ampliar o seu alcance de forma a fazê-la atingir os anseios da sociedade. Precedentes desta Corte e do STJ.

III. Apelação improvida.

Registre-se, à guisa de conclusão, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp 719.310/RS, sob Relatoria do Ministro Luiz Fux, *DJ* 13.02.2006, p. 695, ementou o seu entendimento, consolidado inclusive em precedentes daquela Corte, pela possibilidade de levantamento dos valores relativos ao PIS quando da ocorrência de moléstia grave, ainda que esta não se encontre expressamente prevista no texto legal. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. PIS. LEVANTAMENTO DO SALDO. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ENUNCIADA NAS LEIS NºS 7.670/88 E 8.922/94. POSSIBILIDADE.

1. Ação ordinária, com pedido de alvará judicial, objetivando o levantamento do saldo do PIS para fazer face às despesas decorrentes de cirurgia plástica para correção de deformidades sofridas pelo autor na lâmina papirácea da órbita direita, acompanhada de deslocamento medial do reto lateral, bem como do globo ocular.

2. O Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais,

tem admitido a liberação do saldo do PIS/PASEP para fazer face às despesas com doença grave. Precedentes: REsp 685.716/RS, Relator Ministro Castro Meira, *DJ* de 20.06.2005; REsp 624.342/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, *DJ* de 25.10.04; REsp 560.723/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, *DJ* de 15.12.03 e REsp 387.846/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 12.08.2002.

3. O julgador, na aplicação da lei, não deve restringir-se à singela subsunção do fato à norma, mas, antes, auscultar os princípios vetores do ordenamento jurídico e os fins a que se destina, concedendo relevo à tutela da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República.

4. Na hipótese *sub examine*, tanto a sentença quanto o acórdão recorrido constataram o fato de o autor necessitar de cirurgia plástica para correção de deformidades sofridas na lâmina papirácea da órbita direita, acompanhada de deslocamento medial do reto lateral, bem como do globo ocular, o que revela a necessidade de o autor lançar mão do saldo da sua conta de PIS, para atender a uma das necessidades mais prementes do ser humano, que é a saúde, a qual é-lhe garantida, inclusive, por princípio constitucional.

5. Deveras, os motivos enunciados na legislação pertinente ao levantamento do saldo existente no PIS/PASEP não o são em *numerus clausus*, o que permite a sua aplicação extensiva com o escopo de atingir os desígnios a que ela se destina.

6. Recurso especial desprovido.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação da CEF.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 393.786-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelante: ECOCIL - EMPRESA DE CONSTRUÇÕES CIVIS
LTDA. E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS, MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
E MUNICÍPIO DE NATAL - RN
Advs./Procs.: DRS. GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA
E OUTROS E HERIBERTO ESCOLÁSTICO BE-
ZERRA JÚNIOR

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI MUNICIPAL Nº 5.565/2004. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO EM ÁREA DE DUNAS. POSSIBILIDADE.

- O Código Florestal fez alusão, em seu artigo 2º, f, às florestas e demais formas de vegetação natural situadas “nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues”. Ocorre que, conforme destacado pelo Município de Natal, no caso, cuida-se de tabuleiro costeiro, e não, de restinga. A legislação protege as áreas de restinga, que atuam na fixação das dunas. Não há a proteção absoluta a uma área, tão-somente, porque ali existem dunas.

- Adoção dos argumentos do Município, no sentido de que a Resolução nº 303/2002, do CONAMA, ao considerar as dunas, por si só, como área de preservação permanente, extrapolou os limites de suas atribuições, pois dispôs, de forma indevida, sobre matéria de reserva legal, de molde a ampliar a disciplina que está compreendida no Código Florestal.

- A partir da nova ordem constitucional, houve a nítida divisão de atribuições, no que tange ao meio ambiente, às esferas federal, estadual e municipal. O próprio CONAMA, através da Resolução nº 237/97, distribuiu as áreas, conforme

a natureza do impacto, se é local, se alcança mais de um município, é regional ou nacional. Aliás, o § 4º do artigo 10 da Lei nº 6.938/81 reportou-se à atuação do IBAMA apenas se houver significativo impacto regional ou nacional.

- Impacto eminentemente local, alusivo ao equilíbrio ambiental da cidade de Natal e à questão da contaminação de aquíferos responsáveis pelo abastecimento de água da mesma. Inexigibilidade do licenciamento do órgão ambiental estadual.

- Aprovação de lei municipal, que delineou os critérios a serem empregados, quanto ao uso e à ocupação da região de Lagoinha. Uma subzona foi objeto de proteção especial, vedando-se qualquer utilização, destinando-se, exclusivamente, ao equilíbrio ambiental. Entendeu-se, quanto àquela parte adquirida pela ECOCIL, que poderia haver edificações, desde que atendidas certas exigências. A empresa conseguiu o licenciamento, sem que se apontasse qualquer vício, que denotasse desvio de finalidade, por parte dos servidores responsáveis pela prática de tal ato administrativo.

- Correto o entendimento veiculado pelo Município no sentido de que a Lei Estadual nº 6.950/96, cujo artigo 20, ao ter estabelecido como área de preservação permanente os ecossistemas frágeis que compõem a biosfera da Mata Atlântica, como as dunas e outras, tendo previsto, no seu § 1º, o obrigatório licenciamento ambiental das atividades potencialmente degradadoras a serem desenvolvidas nessas áreas e, em seu § 2º, as normas e critérios estabelecidos no zoneamento ambiental como base do licenciamento das referidas atividades, sem prejuízo das demais normas específicas federais, estaduais e municipais, não considerou a intocabilidade das dunas, e sim, permitiu o seu uso de forma sustentável, posto que condicionado ao licenciamento ambiental,

com apresentação, quando for o caso, de estudo de impacto ambiental e atendendo as normas e critérios estabelecidos no Zoneamento Ecológico-Econômico e as demais leis federais, estaduais e municipais incidentes sobre as referidas áreas.

- Apelação da ECOCIL e remessa oficial, tida por interposta, providas. Apelação do Ministério Público Federal prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento à apelação da ECOCIL e à remessa oficial, tida por interposta, e julgar prejudicada a apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 5 de outubro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Convocado):

Cuida-se de apelações interpostas pela Empresa de Construções Civis Ltda. - ECOCIL e pelo Ministério Público Federal, respectivamente, em face de sentença (referente à Ação Ordinária nº 2005.84.00.000009-7 e à Ação Civil Pública nº 2005.84.00.001585-4) proferida em sede de ação civil pública intentada pelos Ministérios Públicos do Estado do Rio Grande do Norte e Federal contra a ECOCIL e contra o Município de Natal, que julgou “b) *PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos contidos na Ação Civil Pública nº 2005.84.00.001585-4, proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual contra a ECOCIL e o Município de Natal, para: b.1.) declarar a nulidade das licenças ambientais concedidas pelo Municí-*

pio de Natal, em favor da ECOCIL, na região de Lagoinha, Zona de Proteção Ambiental 5 - ZPA5, Subzona SZ3, e determinar a cessação de quaisquer atividades que possam degradar o meio ambiente, em razão das licenças que ora se reconhece a nulidade; b.2.) determinar ao Município de Natal que não expeça novas licenças ambientais em relação à Zona de Proteção Ambiental 5 - ZPA5, Subzona SZ3, região de Lagoinha; b.3.) conceder o prazo de 15 (quinze) dias, após o trânsito em julgado da sentença, para a ECOCIL requerer administrativamente, no órgão ambiental competente, caso seja do seu interesse e conveniência, a licença para a implementação do empreendimento imobiliário 'Condomínio Residencial Flora Boulevard', na área de Lagoinha; b.4.) condenar o Município de Natal e a ECOCIL, solidariamente, caso não observada a determinação do item b.3, na recuperação das áreas agredidas, as suas expensas, com o restabelecimento do ambiente anteriormente existente; b.5.) condenar o Município de Natal e a ECOCIL, caso negada a licença ambiental pelo órgão competente, em decisão administrativa ou judicial definitiva, para a implementação do Empreendimento Imobiliário 'Condomínio Residencial Flora Boulevard', na área de Lagoinha, na recuperação das áreas agredidas, as suas expensas, com o restabelecimento do ambiente anteriormente existente; b.6.) condenar o Município de Natal e a ECOCIL, caso se verifique o item b.4 ou b.5, na apresentação, em Juízo, de projetos para a recuperação da área, dentro do prazo de 50 (cinquenta) dias, contados do término do prazo concedido no item b.4, caso não haja o pleito administrativo de licenciamento, ou, caso seja negado o licenciamento, nos termos do item b.5, contados a partir da decisão administrativa ou judicial final. Outrossim, os projetos deverão ser apreciados pelo IBAMA, no prazo de 50 (cinquenta) dias, a contar da intimação para manifestação acerca dos mesmos; b.7.) condenar o Município de Natal e a ECOCIL, uma vez aprovados os projetos pelo IBAMA, a iniciar a obra de restauração, no prazo de 30 (trinta) dias, as suas expensas, a contar de suas intimações; b.8.) caso não apresentados os projetos e não iniciadas as obras de recuperação nos prazos acima definidos, condeno o Município de Natal e a ECOCIL no pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de atraso, a ser revertida para o Fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85. b.9.) condeno o Município de Natal e a ECOCIL,

em relação à Ação Civil Pública nº 2005.84.00.001585-4, nas custas judiciais”. (Fls. 488/489).

Sustenta a ECOCIL, na apelação, que a plausibilidade do seu direito está patente, na medida em que, nestes autos, a 3ª Turma do TRF desta Região, em acórdão da Relatoria do Des. Federal Paulo Gadelha, em sede de agravo regimental, decidiu que a competência para licenciar a obra em tela é exclusiva do Órgão Municipal. Alega que compete ao órgão ambiental municipal licenciar as obras nas áreas urbanas do Município de Natal, consoante a inteligência do art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938/81 e arts. 4º, 6º e 7º da Resolução nº 237/97 do CONAMA.

A ECOCIL interpôs agravo de instrumento da decisão que recebeu o apelo apenas no efeito devolutivo e indeferiu o pleito da Empresa de que fosse aplicada à hipótese o disposto no art. 14 da Lei de Ação Civil Pública. Foi deferido o efeito suspensivo ao agravo.

O Ministério Público Federal, nas contra-razões de fls. 541/556, alega que a afirmação da ECOCIL, de que a Lei Municipal nº 5.565/04, que amparou a licença ambiental, foi antecedida de Relatório de Avaliação Ambiental feito pela SEMURB, aprovado pela CONPLAM, tendo dado a entender que os estudos concernentes ao impacto na área já foram feitos, vem de encontro às conclusões a que chegaram os professores da UFRN, nos pareceres técnicos de fls. 23/25 e 29/41 da Ação Cautelar nº 2005.84.00.000726-2, que se encontra nesta Corte, e às fls. 219/244 do Apenso II da presente ação, este último com a data de fevereiro de 2005, que preconizam a preservação integral da Subzona 03, onde se encontra o empreendimento da ECOCIL. Pleiteia, ainda, o pronunciamento expresso desta Corte a respeito da aplicação, ao presente caso, do disposto nos arts. 5º, inc. II, da Resolução CONAMA nº 237/97 e do art. 20, *caput*, inc. I e § 1º, da Lei Estadual nº 6.950/96.

Na apelação do Ministério Público Federal, alega-se que o recurso restringe-se à parte da sentença que determina a recuperação da área degradada apenas se a Empresa ré não requerer ou não obtiver licença ambiental junto ao IDEMA, órgão ambiental estadual. Assevera-se que, considerando que a Empresa praticou

degradação ambiental fundamentada em licença ambiental nula, evidente que se está diante de um ato ilícito, que impõe, de pronto, a reparação do dano. Acrescenta-se, ainda, que a r. sentença incide em contradição quando reconhece que o local, onde será implantado o loteamento, é Área de Preservação Permanente - APP, mas, ao mesmo tempo, determina a recuperação ambiental somente se a empresa não obtiver licença ambiental perante o órgão ambiental competente. Aduz-se que, em se tratando de Área de Preservação Permanente, sabe-se que a Empresa não poderá obter novo licenciamento, posto que o desmatamento em Área de Preservação Permanente localizada sobre restinga fixadora de dunas e dunas, apenas pode ocorrer nos casos de utilidade pública, conceito em que não se enquadra o empreendimento da ECO-CIL. Diz-se, ainda, que embora pese a concessão inicial da licença, as obras da empresa foram realizadas amparadas em decisões de caráter provisório, tanto que na ação cautelar e na ação principal sobrevieram sentenças de procedência que determinaram a imediata paralisação das atividades, e que quem pratica atos em decorrência de decisões de caráter não definitivo arca com os riscos de desfazer os atos na hipótese de alteração das mencionadas decisões.

Contra-razões do Município de Natal às fls. 588/636. Assevera-se que caso comprovada, por estudos técnicos, a necessidade de se dotar de intocabilidade também a área inserida na SZ-3 da ZPA-5, deverá ser suscitada uma alteração na Lei nº 5.565/2004, mediante o Poder Competente, e não ser considerada viciada a mesma lei e ser atribuída responsabilidade ao Município em virtude de ter concedido licenciamento ambiental naquela área.

Contra-razões da ECOCIL às fls. 638/649.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Relator Convocado):

Penso que a situação fática já foi suficientemente esclarecida, quando da leitura do relatório.

Insurge-se o Ministério Público contra a aprovação e a implantação de um empreendimento, por parte da empresa ECOCIL - Empresa de Construções Cíveis Ltda., na área denominada de Lagoinha, situada no Município de Natal, argumentando, fundamentalmente, que a dita implantação deveria ter sido precedida de licença do órgão ambiental estadual, ficando a dita área caracterizada como zona de preservação permanente.

Em primeiro lugar, quanto ao fato do empreendimento já estar sendo edificado, inclusive com a alienação de lotes a terceiros, não o vejo como justificativa para, simplesmente, identificar a configuração de um contexto que recomende a sua irreversibilidade. Embora tenha havido autorização judicial para o prosseguimento das obras, a empresa sabia que se tratava de deliberação provisória, correndo, assim, o risco de ser compelida a fazer retornar ao *status quo ante*, caso não fosse bem-sucedida nas demandas alusivas à contenda. Portanto, não aplico a “teoria do fato consumado”.

Feitas estas observações, passo a apreciar os diversos aspectos discutidos no curso da ação.

Lembro que se cuida de região que se localiza na zona urbana de Natal, sujeita, portanto, ao disciplinamento urbanístico próprio, previsto nas normas municipais. No caso concreto, a Lei Municipal nº 5.565/2004 reportou-se à Zona de Proteção Ambiental nº 05, que abrange a área em questão. A mesma foi classificada como uma subzona passível de uso e ocupação, desde que obtido o licenciamento e observadas certas exigências, como no que pertine ao saneamento das unidades e à drenagem.

Alega-se, em resumo, que o empreendimento se encontra em uma zona de preservação permanente, por se cuidar de área dunar, ainda que somente em parte recoberta por vegetação, e que a Lei nº 6.938/81, em seu artigo 10, reclama o licenciamento de órgão estadual ambiental, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA.

É imprescindível compreender o que se deve entender por área de preservação permanente. O Código Florestal fez alusão, em seu artigo 2º, *f*, às florestas e demais formas de vegetação natural situadas “nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizado-

ras de mangues”. Ocorre que, conforme destacado pelo Município de Natal, em seus pronunciamentos, no caso, cuida-se de tabuleiro costeiro, e não de restinga. A legislação protege as áreas de restinga, que atuam na fixação das dunas. Não há a proteção absoluta a uma área, tão-somente, porque ali existem dunas.

Como já exposto pelo Município de Natal, o fato de constar, na definição da área de preservação permanente, a expressão “coberta ou não por vegetação nativa”, não significa que todas as dunas, independentemente dos locais onde estejam situadas e de possuírem ou não vegetação fixadora, estejam protegidas pelo Código Florestal, e que tal se sobreponha a todas as normas de uso e ocupação do solo, editadas pelos Municípios, que são competentes para legislar sobre interesse local, tendo competência exclusiva para promover o adequado ordenamento territorial, através de planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Consoante salientado, os planos diretores e as leis de uso do solo é que definirão o uso e a ocupação das áreas nos perímetros urbanos, respeitando os limites do art. 2º do Código Florestal, que protege a vegetação situada nas restingas como fixadoras de dunas, e não as dunas, consideradas em si mesmas, como já salientado.

Adoto, como razões de decidir, os argumentos expendidos nas manifestações do Município, no sentido de que a Resolução nº 303/2002 do CONAMA, ao considerar as dunas, por si sós, como área de preservação permanente, extrapolou os limites de suas atribuições, pois dispôs, de forma indevida, sobre matéria de reserva legal, de molde a ampliar a disciplina que está compreendida no Código Florestal.

Destaco, ainda, que, a partir da nova ordem constitucional, houve a nítida divisão de atribuições, no que tange ao meio ambiente, às esferas federal, estadual e municipal. O próprio CONAMA, através da Resolução nº 237/97, distribuiu as áreas, conforme a natureza do impacto, se é local, alcança mais de um município, é regional ou nacional. Aliás, o § 4º do mencionado artigo 10 da Lei nº 6.938/81 reportou-se à atuação do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, apenas, se houver significativo impacto regional ou nacional.

Na espécie, os elementos colacionados nos autos me conduzem à conclusão de que o impacto era eminentemente local, alusivo ao equilíbrio ambiental da cidade de Natal e à questão da contaminação de aquíferos responsáveis pelo abastecimento de água da mesma. Nestas circunstâncias, não entendo a razão pela qual se deva exigir o licenciamento do órgão ambiental estadual. O *caput* do artigo 10 deve ser compatibilizado com a Carta Magna de 1988, que contemplou os municípios entre os entes federativos responsáveis pelo licenciamento e pela própria definição de zonas de proteção ambiental, observados os parâmetros definidos por lei.

No caso concreto, após a mais ampla discussão e ouvidos profissionais de evidente qualificação técnica, com a participação da comunidade, inclusive através de seus representantes, os vereadores de Natal, foi aprovada uma lei municipal, que delineou os critérios a serem empregados, quanto ao uso e à ocupação da região de Lagoinha, que, a toda evidência, é heterogênea, daí a sua divisão em subzonas. Uma das ditas subzonas foi objeto de proteção especial, vedando-se qualquer utilização, destinando-se, exclusivamente, ao equilíbrio ambiental. Entendeu-se, quanto àquela parte adquirida pela ECOCIL - Empresa de Construções Civis Ltda., que poderia haver edificações, desde que atendidas certas exigências. A empresa conseguiu o licenciamento, sem que se apontasse qualquer vício, que denotasse desvio de finalidade, por parte dos servidores responsáveis pela prática de tal ato administrativo.

Sei que a circunstância de a área estar degradada, quanto à vegetação, não impede que a mesma mereça a proteção. Porém, no caso, tecnicamente, reputou-se viável a ocupação do solo urbano, com a cautela de realizar serviços de saneamento e drenagem, para evitar a poluição dos aquíferos. Não me parece possível reputar inválidos, pura e simplesmente, o licenciamento e a lei municipais, tão-somente, porque alguns profissionais da UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte adotaram um entendimento diverso daquele que os embasou.

Há referência ao fato de que alguns dos aludidos profissionais não estariam habilitados a se pronunciar sobre a matéria e não haveria a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica - ART. Independentemente disto, não acho razoável impedir o empreendimento. Existe uma lei municipal, discutida com a população, res-

paldada em dados técnicos, classificando a área como edificante. O Poder Judiciário estaria legitimado a substituir a vontade da população de Natal, explicitada através de seus representantes, na definição dos parâmetros a serem observados na ocupação do solo, caso não sejam contrariadas as normas de regência? Penso que não.

Quanto ao *caput* do citado artigo 10, no meu sentir, deve ser compatibilizado com a realidade fático-jurídica que se instalou a partir da Lei Maior de 1988. Os municípios passaram a integrar a federação e a disciplinar o uso do solo urbano, inclusive quanto ao equilíbrio do meio ambiente. Assim, não considero plausível que se interprete tal dispositivo de modo que se exija o pronunciamento da entidade ambiental estadual, mesmo quando o impacto é local e a utilização está de acordo com as normas previstas em leis municipais.

De outra banda, penso estar correto o entendimento veiculado pelo Município no sentido de que a Lei Estadual nº 6.950/96, cujo artigo 20, ao ter estabelecido, como área de preservação permanente, os ecossistemas frágeis que compõem a biosfera da Mata Atlântica, como as dunas e outras, tendo previsto, no seu § 1º, o obrigatório licenciamento ambiental das atividades potencialmente degradadoras a serem desenvolvidas nessas áreas e, em seu § 2º, as normas e critérios estabelecidos no zoneamento ambiental como base do licenciamento das referidas atividades, sem prejuízo das demais normas específicas federais, estaduais e municipais, não considerou a intocabilidade das dunas, e sim, permitiu o seu uso de forma sustentável, posto que condicionado ao licenciamento ambiental, com apresentação, quando for o caso, de estudo de impacto ambiental e atendendo as normas e os critérios estabelecidos no Zoneamento Ecológico-Econômico e as demais leis federais, estaduais e municipais incidentes sobre as referidas áreas.

Isto posto, dou provimento à apelação da ECOCIL - Empresa de Construções Civas Ltda. e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente a pretensão deduzida na petição inicial. Inversão dos ônus da sucumbência. Julgo prejudicada a apelação do Ministério Público Federal.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.376-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: ANTÔNIO CARLOS VIEIRA PEREIRA, PAULO HENRIQUE ALVES DOS SANTOS, CÉSAR RODRIGUES DO NASCIMENTO (RÉUS PRESOS) E CLÉBER PICELLI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs: DRS. PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO E OUTRO E LUCIANTÔNIO ALMEIDA FALCÃO (APTES.)

EMENTA: PROCESSO PENAL. PENAL. APELAÇÃO. MUTATIO LIBELLI. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA COM O OBJETIVO DE “ALUGAR” CONTAS BANCÁRIAS PARA O RECEBIMENTO, E POSTERIOR REPASSE, DE VALORES PROVENIENTES DE FRAUDES PRATICADAS POR TERCEIROS CONTRA CORRENTISTAS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. DELITO ANTECEDENTE (FRAUDE) QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DOS INCISOS I A VIII DO ART. 1º DA LEI Nº 9.613/98. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA, PRATICADO NA SUA MODALIDADE DOLOSA (ART. 180, CAPUT E § 6º, DO CP). LESÃO A BEM JURÍDICO DA UNIÃO. CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DO ART. 288 DO CP. CONDENAÇÃO.

- Não padece de nulidade a sentença que desclassificou, para lavagem de dinheiro, o delito de estelionato imputado aos réus na denúncia, aplicando o art. 383 do CPP. O réu se defende dos fatos narrados na peça acusatória, e não da qualificação típica nela constante. Inocorrência de mutatio libelli. Preliminar rejeitada.

- Comprovado o “aluguel” das contas bancárias

dos acusados, para que nelas fossem depositados valores que sabiam terem sido fraudulentamente transferidos de correntistas da Caixa Econômica Federal.

- Não se tipifica o delito de lavagem de dinheiro, quando não restou comprovada a materialidade de um dos crimes antecedentes elencados nos incisos I a VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98. Prejudicado o pedido de aplicação do benefício da “delação premiada”, previsto no § 5º do dispositivo legal mencionado.

- Conduta que recomenda a desclassificação para o ilícito penal de receptação dolosa, qualificada pela natureza do bem jurídico lesado, pois também figura como ofendida a Caixa Econômica Federal, empresa pública da União (art. 180, caput e § 6º, do CP).

- Reconhecida a existência de ânimo associativo entre os quatro acusados, de forma plurilateral, estável e organizada, visando ao cometimento de crimes, consubstancia-se hipótese de verdadeira sociedade criminosa, punível na forma do art. 288 do CP.

- Prejudicada a discussão acerca da ausência de motivação da sentença, no tocante à dosimetria da pena, pois, diante dos mesmos fatos, tem-se capitulação distinta – e menos grave – daquela que foi dada na denúncia, por isso impondo-se a retomada do procedimento de aplicação da pena.

- Descabe falar em confissão espontânea, para surtir os efeitos do art. 65, III, d, do CP, pois, somente na apelação, os réus admitiram ter praticado o crime de favorecimento real, sujeito a penas mínimas, não tendo demonstrado, com tal atitude, motivos capazes de atenuar a pena contra si imposta.

- Aplicação de penas privativas de liberdade aos acusados, nenhuma delas ultrapassando quatro anos de reclusão, pelo cometimento dos crimes

dos arts. 180, caput e § 6º, e 288, ambos do CP, em concurso material, a serem cumpridas no regime aberto (art. 33, § 2º, c, do CP).

- Substituição das penas de reclusão por duas restritivas de direitos, para os acusados cujas penas definitivas foram fixadas no mínimo legal. Benefício não estendido aos réus contra os quais militam circunstâncias pessoais desfavoráveis (arts. 43 e 45 do CP).

- Impossibilidade de exclusão da pena de multa, ainda que se alegue a difícil situação financeira dos réus, ante a absoluta ausência de permissivo legal, no crime de receptação dolosa. Pena aplicada de acordo com o sistema bifásico dos arts. 49, 59 e 60 do CP.

- Manutenção da pena de perdimento do produto do crime.

- Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento às apelações, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de agosto de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

O Ministério Público Federal ofertou denúncia contra Antônio Carlos Vieira Pereira, Paulo Henrique Alves dos Santos, César Rodrigues do Nascimento, Cléber Picelli e Francisco Elder Ripardo (também conhecido como Francisco Edson Ripardo), como incurso nas penas dos arts. 171, § 3º, 288, c/c o art. 69, todos do

Código Penal, pugnando, ainda, pela aplicação da sanção do art. 1º da Lei nº 9.613/98 aos denunciados, se no curso da instrução processual ficasse caracterizado o cometimento do delito de lavagem de dinheiro (fls. 03/07).

Narra a peça acusatória que, da agência nº 4167 da Caixa Econômica Federal, situada em Samambaia/DF, foram realizadas vinte e quatro transferências fraudulentas, perfazendo o montante de R\$ 402.780,98, sendo nove delas para o Rio de Janeiro, uma para Alagoas e catorze para o Ceará, tendo o Setor de Segurança da instituição no Ceará apontado que, para aquele Estado, as transferências destinaram-se a três contas bancárias, tituladas: 1) pelo denunciado Paulo Henrique Alves dos Santos, que recebeu 7 (sete) depósitos, totalizando R\$ 44.896,34; 2) por Maria Gudilene da Silva Rodrigues, mulher do denunciado César Rodrigues do Nascimento, onde foram realizados 5 (cinco) depósitos, totalizando R\$ 67.861,83; 3) e pelo também denunciado Antônio Carlos Vieira Pereira, que recebeu depósito no valor de R\$ 56.235,36.

Consta ainda da acusação que as transferências fraudulentas foram realizadas por intermédio da Internet, mediante a utilização, presume-se, de programa de informática conhecido pela sigla TROJAN ou “cavalo de tróia”, através do qual foram extraídas informações das contas e dos seus titulares, usuários de computadores infectados, ou mediante página “clonada” da instituição bancária federal na rede mundial de computadores, disponibilizada por provedores infectados por membros de organização criminosa, denominados de *crackers*, com atuação já conhecida no Estado do Ceará, com ramificação no Pará e que, provavelmente, está expandindo a sua atuação no País.

Expõe ainda a denúncia que, no dia 13.12.2004, a Polícia Civil do Ceará prendeu em flagrante Antônio Carlos Vieira Pereira, no interior de agência do Banco Bradesco, quando tentava transferir, de sua conta para a conta corrente titulada pela Empresa J. C. Construções e Serviços Ltda., a quantia de R\$ 7.000,00, que tem origem nos R\$ 56.235,36 transferidos fraudulentamente da agência da CEF em Samambaia/DF.

Na ocasião do flagrante estavam, do lado de fora da agência, Paulo Henrique Alves dos Santos, que também recebera valores

oriundos das transferências fraudulentas (R\$ 44.896,34), preso no ato, e os denunciados Cléber Picelli e Francisco Elder (ou Edson) Ripardo, que aguardavam a concretização da transação fraudulenta, e se evadiram do local em um veículo Fiat Vermelho.

Cléber Picelli foi identificado como sendo o administrador de fato da J. C. Construções e Serviços Ltda., microempresa registrada em nome de sua esposa.

Ouvindo, Antônio Carlos revelou que “no dia 09/12 sacou R\$ 5.000,00 e repassou a Francisco Edson Ripardo, havendo suspeita de que este acusado é o membro da quadrilha, tratado por seus pares como Kléber, pessoa que trata diretamente com os cabeças da organização neste Estado, sendo o agenciador de pessoas dispostas a servir à organização criminosa, recebendo, por isso, comissão pela utilização de suas contas”.

Os comparsas informaram que Francisco Edson Ripardo ficava com os cartões de acesso às contas bancárias nas quais seriam realizados os depósitos oriundos da fraude à CEF.

No curso do apuratório, ficou claro o envolvimento de César Rodrigues do Nascimento, expulso da Polícia Militar “a bem da disciplina”, e que também se beneficiou com o dinheiro das fraudes contra a CEF, pois utilizou a conta corrente de sua mulher, Maria Gudilene da Silva Rodrigues, para receber depósitos no total de R\$ 67.861,83, tendo sido preso quando chegou à agência do banco, palco do flagrante, para socorrer os comparsas.

Disse o Procurador da República, subscritor da exordial, que os acusados residem no mesmo bairro e se conhecem, o que reforça o elo entre todos, sendo patente a associação criminosa composta pelos acusados, de forma estável, em face da operacionalização das fraudes em múltiplas ações.

Arremata a denúncia que “o ardil empregado na invasão do sistema bancário e utilização de contas, e a vantagem financeira obtida por todos, evidenciam o cometimento das infrações tipificadas nos arts. 171, § 3º, 288, c/c o art. 69, todos do CP. Resta, ainda, ser aferida a possível lavagem de dinheiro pela organização criminosa, o que faria o caso incidir nas disposições da Lei nº 9.613/98, art. 1º”.

Ao receber a peça acusatória, o MM. Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio deferiu diligências requeridas pelo MPF, dentre as quais a quebra do sigilo fiscal e bancário dos denunciados e da empresa citada na peça acusatória, razão pela qual o processo passou a tramitar sob sigilo de justiça, tendo, ainda, decretado a prisão preventiva dos denunciados (fls. 11/15).

Citado por edital, o réu Francisco Elder Ripardo não compareceu à audiência de interrogatório, tendo o Juiz singular determinado, a requerimento do *Parquet*, a suspensão da ação e do prazo prescricional com relação àquele acusado, nos termos do artigo 366 do CPP, ordenando ainda o desmembramento do processo com relação ao citado acusado (fls. 206 e 261).

Concluída a instrução processual, o MM. Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio proferiu a sentença de fls. 328/336, na qual, apreciando as provas constantes dos autos, reconheceu que “os réus fazem parte de uma organização criminosa caracterizada por se valer de indivíduos que fornecem suas contas para despistarem transferências fraudulentas de valores fruto de invasões nas contas de correntistas da Caixa Econômica Federal através da Internet e outros meios de informática, sendo que, ao receberem tais valores, os repassavam para comparsas ou mesmo os utilizavam para o pagamento de contas particulares, lesando de uma só vez a CEF e os verdadeiros correntistas”.

Diante disso, concluiu serem os réus César Rodrigues do Nascimento, Antônio Carlos Vieira Pereira, Paulo Henrique Alves dos Santos e Cléber Picelli partícipes de organização criminosa, no seio da qual eram-lhes atribuídas funções de “lavagem” dos valores provenientes do crime de estelionato, razão pela qual os condenou, pelo cometimento do crime previsto no art. 1º, § 1º, II, da Lei nº 9.613/98, às seguintes penas:

a) reclusão, fixada a partir das penas-base de 6 (seis) anos para o primeiro, e 5 (anos) para os demais, todas elas agravadas de 1/3, nos termos do art. 61, II, a, do CP (motivo torpe), tornando-se definitivas em 8 (oito) anos, e 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, respectivamente, a serem cumpridas em regime semi-aberto (art. 33, § 2º, b, do CP); e

b) multa, fixada em 360 dias-multa (art. 49 do CP) para cada um dos réus.

Foram os réus, ainda, condenados a penas de 2 (dois) anos de reclusão, pelo delito tipificado no art. 288 do CP (quadrilha ou bando), a serem cumpridas em regime aberto (art. 33, § 2º, c, do CP). Deixou o Juiz singular de substituir essas penas privativas de liberdade, ante o não reconhecimento dos pressupostos do art. 44 do CP.

Complementando a sentença (fl. 340), o Juiz *a quo* alterou o regime inicial do cumprimento das penas, do semi-aberto para o fechado, bem assim determinou o recolhimento dos réus à prisão, nos termos dos arts. 9º e 10 da Lei nº 9.034/95. De registrar que Cléber Picelli foi solto, em virtude de liminar concedida por esta Relatoria no HC 2204/CE.

Irresignado com a sentença, apelou Cléber Picelli (fls. 481/515), argumentando, preliminarmente, a nulidade do *decisum* que o condenou pela prática do delito de lavagem de dinheiro, descrito no art. 1º da Lei nº 9.613/98, não contido, explícita ou implicitamente, na denúncia, com ofensa ao art. 384 do CPP, bem assim deixou de fundamentar a aplicação das penas-base acima do limite legal.

No mérito, diz que a prova contra si utilizada é precária, sendo que as testemunhas não lhe imputaram qualquer responsabilidade pelos crimes articulados na peça acusatória.

Os demais réus também apelaram (fls. 559/566), alegando: a) não terem praticado o delito de lavagem de dinheiro, e, sim, o de favorecimento real, previsto no art. 349 do CP, pois eram meros “laranjas” dos verdadeiros mentores do crime; b) não restou caracterizado o crime de quadrilha, em face da ausência de dolo específico e do fim visado; c) serem merecedores da redução da pena, na forma do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, a qual deve ser cumprida em regime inicial aberto; e d) isenção da pena de multa, por serem pobres.

Contra-razões do *Parquet* (fls. 570/578), nas quais refuta os argumentos delineados nos apelos.

Primeiramente, quanto à apelação de Cléber Picelli, lembra o

MPF que os réus se defendem da imputação, e não da capitulação dada na denúncia, e que a exordial acusatória, ao narrar os fatos, permite a compreensão da prática do delito em foco. À vista disso, a sentença promoveu a *emendatio libelli* do art. 383 do CPP, e não a *mutatio libelli* do artigo seguinte, ao contrário do que pretende o apelante.

No tocante à fixação da pena, observa que a sentença, porquanto apenas sucinta, não se apresenta deficientemente fundamentada, conforme o trecho que transcreve às fls. 575/576.

Considera, ainda, robustas as provas que imputam a autoria delituosa a Cléber Picelli, pois o co-réu Antônio Carlos Vieira Pereira foi preso em flagrante ao tentar transferir, de sua conta pessoal, para a conta corrente da empresa JC Construções e Serviços Ltda., gerida por Cléber, a quantia de R\$ 7.000,00, obtida ilícitamente.

Tal fato teria sido confirmado pelo próprio Antônio Carlos, perante a autoridade policial (fls. 13/14 e 45), e, também em juízo, pela testemunha Adail da Costa Firmeza (fl. 130), presente no momento do flagrante.

Com a quebra do sigilo bancário (fls. 243/248), vieram aos autos registros de movimentações bancárias injustificadas, condizentes com as datas dos “golpes” praticados.

Com relação ao apelo dos demais réus, sustenta o *dominus litis* a correção da sentença atacada, pois os autos contêm demonstração insofismável da transferência fraudulenta de valores depositados em contas na agência da CEF em Samambaia/DF, no total de R\$ 402.780,98, para diversas contas hospedadas pela mesma instituição financeira, nos Estados do Rio de Janeiro, Alagoas e Ceará, incluindo-se, neste último Estado, as contas bancárias vinculadas aos apelantes.

Afirma que a pretendida desclassificação do delito para o do art. 349 do CP encontra óbice na impossibilidade de co-autoria no crime de favorecimento real.

Assevera, demais, que não lhes favorece a alegação de que agiram como meros “laranjas”, pois a instrução processual confirmou que os recorrentes “fazem parte de organização criminosa

que tinha por objetivo apropriar-se de valores com a utilização da informática” (cf. contra-razões do MPF, fl. 573).

Ressalta que tampouco se lhes aplica o benefício da delação premiada, pois não apresentaram esclarecimentos conducentes à apuração da infração, da sua autoria, e à localização de bens e valores objetos do crime.

Por derradeiro, a resposta ministerial invoca precedente desta Corte, no sentido de que “a miserabilidade não é causa de isenção da pena de multa”.

Com tais razões, a acusação pede a manutenção integral da sentença.

Parecer do douto Representante do Ministério Público Federal que oficia perante esta Corte (fls. 582/588), o qual, na condição de *custos legis*, opina pelo acolhimento da preliminar de nulidade da sentença, argüida no apelo de Cléber Picelli.

É o relatório. Ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Considero que deve ser apreciada, primeiramente, a preliminar suscitada por Cléber Picelli, de que o Juízo de primeiro grau deveria ter aplicado o disposto no art. 384 do Código de Processo Penal (CPP), pois considera que os apelantes foram denunciados pelos delitos dos arts. 69, 171, § 3º, e 288, todos do Código Penal (CP), porém foram condenados pelo crime previsto no art. 1º da Lei nº 9.613/98, sem que a peça acusatória tivesse descrito essa figura incriminadora.

Cita doutrina e jurisprudência que, ao seu ver, amparam a tese de que a sentença operou a chamada *mutatio libelli*, sem propiciar aos acusados a oportunidade para se defenderem de fatos não constantes da denúncia, maculando de nulidade o *decisum*, por cerceamento de defesa e ofensa ao princípio da congruência da condenação com a imputação.

Para a acusação, cuida-se, na verdade, da *emendatio libelli*, prevista no art. 384 do CPP, regra segundo a qual o Juiz está auto-

rizado, ao prolatar o julgamento, a corrigir a omissão ou o equívoco na tipificação da denúncia, ajustando-a à descrição fática das condutas imputadas aos acusados.

Certamente, deve haver correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, o que, no processo penal, constitui garantia do réu, estreitamente ligada à garantia constitucional do contraditório, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação.

É nessa perspectiva que se põe a discussão referente à incidência dos mencionados dispositivos legais, os quais, para facilitar a análise da questão, passo a transcrever:

Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver necessidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Acerca da regra da *emendatio libelli*, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho¹ fazem as seguintes considerações:

De acordo com o art. 383, o juiz, ao julgar a pretensão, deve dar ao fato imputado a correta qualificação jurídica, dizendo qual o direito aplicável ao caso concreto. A ade-

¹ “As Nulidades no Processo Penal”, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 219.

quação feita pelo Promotor de Justiça ou querelante é meramente provisória; por sua vez, o réu se defende da imputação relativa a determinado fato descrito, e não de sua capitulação jurídica.

É o que tem sido afirmado pelo STF: “O réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou na queixa, e não da classificação jurídica feita pelo MP, ou querelante” (HC 61.617-8-SP, j. 04.05.1984), ou “o réu se defende do crime descrito na denúncia e não da capitulação nela constante” (HC 63.587-3-SP, j. 14.02.1986). Ainda, no mesmo sentido: RT 461/306 e 507/525. (...)

A pena pode ser mais grave, sem necessidade de qualquer providência prévia, uma vez que não houve alteração do fato a respeito do qual foi exercido o direito de defesa.

Ainda sobre o tema, registro o escólio de Fernando da Costa Tourinho Filho²:

Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, e sim deste.

(...)

É que, em todos esses casos, não há surpresa para a defesa. O fato de que o réu vai se defender está perfeitamente descrito na peça acusatória. O Juiz vai apreciar esse fato.

A jurisprudência, anote-se, está sedimentada no sentido de que o réu manifesta a sua defesa no tocante ao fato afirmado na denúncia, e não da capitulação nela apresentada (STF, Primeira Turma, HC 62.281/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 05.04.1991; STF, Segunda Turma, HC 83.855/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 28.05.2004).

Imbuído dessas premissas, cumpre verificar a existência, ou não, de obstáculos à aplicação da regra da *emendatio libelli*, no caso concreto.

² “Processo Penal”, vol. 4, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 198.

Expõe a denúncia (fls. 05/06) que:

(...) a Polícia Civil, no dia 13/12/04, prendeu em flagrante Antônio Carlos Vieira Pereira, no interior da Agência do Bradesco, na Avenida Bezerra de Menezes, quando tentava transferir, de sua conta nº 0633444-8, Ag. 1234-3, a quantia de R\$ 7.000,00, para a Conta Corrente nº 67.374-9, Ag. 564-9, Bradesco Aldeota, tendo como titular a Empresa J C Construções e Serviços Ltda., atribuindo sua titularidade a Janaina Jeane Santana Picelli, esposa de Cléber Picelli, sendo este o administrador, de fato, da referida empresa, restando certo que o aludido valor é parte dos R\$ 56.235,36, transferidos fraudulentamente da Agência nº 4167/CEF/Samambaia/DF, para a conta na CEF nº 0926.013.140844-1, Ag. Bezerra de Menezes, no Ceará, titulada por Antônio Carlos Vieira Pereira.

Na ocasião do flagrante, a polícia prendeu Paulo Henrique Alves dos Santos, que estava do lado de fora da agência, pessoa que recebera, também, transferência de valores oriundos das fraudes, na Agência nº 4167 de Brasília, na quantia total de R\$ 44.896,34.

Cléber Picelli e Francisco Elder Ripardo (que é o mesmo Francisco Edson Ripardo), que aguardavam a concretização da transação fraudulenta, evadiram-se ao presenciarem a polícia, em um veículo Fiat Vermelho, havendo informação, pelos comparsas, de que Francisco Edson Ripardo estava com os dois cartões de acesso à conta nº 0926.013.140844-1, da CEF, sendo titular Antônio Carlos Vieira Pereira, e à Conta do Bradesco nº 0033444-8, Ag. 1234-3.

Como dito, os R\$ 7.000,00 seriam transferidos para a Conta nº 67.374-9, Ag. 564-9, em nome de Empresa JC Construções Ltda., administrada por Cléber Picelli.

Antônio Carlos afirma que no dia 09/12 sacou R\$ 5.000,00 e repassou a Francisco Edson Ripardo, havendo suspeita de que este acusado é o membro da quadrilha, tratado por seus pares como Kléber, pessoa que trata diretamente com os “cabeças” da organização neste Estado, sendo o agenciador de pessoas dispostas a servir à organização criminosa, recebendo, por isso, comissão pela utilização de suas contas.

César Rodrigues do Nascimento é ex-PM, donde saiu “a bem da disciplina”, e também se beneficiou com o dinhei-

ro das fraudes contra a CEF, pois utilizou a conta corrente de sua mulher, Maria Gudilene da Silva Rodrigues, para receber depósitos, no total de R\$ 67.861,82, sendo preso em flagrante quando chegou à agência do banco, palco do flagrante, para socorrer os comparsas.

Todos os acusados residem no mesmo bairro e se conhecem, o que reforça o elo entre todos.

É patente a associação criminosa composta pelos acusados, de forma estável, em face da operacionalização das fraudes em múltiplas ações. O ardid empregado na invasão do sistema bancário e utilização de contas, e a vantagem financeira obtida por todos, evidenciam o cometimento das infrações tipificadas nos arts. 171, § 3º, 288, c/c o art. 69, todos do CP.

Resta, ainda, ser aferida a possível lavagem de dinheiro pela organização criminosa, o que faria o caso incidir nas disposições da Lei nº 9.613/98, art. 1º.

À vista do excerto em epígrafe, a denúncia não aponta com certeza a autoria da fraude, situação, aliás, reconhecida pelo próprio Procurador da República que a subscreveu.

Não digo o mesmo, porém, quanto à utilização consentida das contas bancárias dos acusados, para que nelas fossem depositados valores obtidos mediante estelionato, pois tais fatos delituosos foram descritos com clareza meridiana, configurando, na ótica da acusação, “possível lavagem de dinheiro pela organização criminosa, o que faria o caso incidir nas disposições da Lei nº 9.613/98, art. 1º”, ou, na perspectiva da defesa, o crime de favorecimento real, cujo reconhecimento, acrescento, depende do seu cotejo com o delito de receptação.

Observo que, nas alegações finais de Antônio Carlos Vieira Pereira, Paulo Henrique Alves dos Santos e César Rodrigues do Nascimento (fls. 294/298), e Cléber Picelli (fls. 299/302), os réus buscaram, cada qual ao seu modo, eximir-se da responsabilidade penal pelo fornecimento de suas contas bancárias para o “branqueamento” de valores obtidos fraudulentamente.

Das citadas peças de defesa, destaco os seguintes trechos:

a) os acusados “não praticaram qualquer fraude ou utilizaram meios fraudulentos, apenas forneceram suas contas bancárias para o trânsito de valores, embora ilegais” (fl. 295);

b) “ao receber os valores em suas contas e os repassarem em espécie, após sacados, impossibilitam a identificação do autor ou dos autores das transferências fraudulentas (agente do crime de estelionato, praticado anteriormente), impedindo a administração da justiça” (fl. 298);

c) “os réus são laranjas e foram escolhidos aleatoriamente, para fornecerem suas contas bancárias, com o objetivo de receberem os valores fraudulentos – e dessa forma auxiliarem o autor ou autores do estelionato a garantir o proveito do produto criminoso – sem que tenham se reunido para a convenção de praticar atos criminosos” (fl. 298);

d) “a anotação do nº da conta corrente da empresa do acusado (Cléber Picelli), encontrada com o acusado Antônio Carlos, implica tão-somente que iria ser utilizada pelo estelionatário, com o fim de desviar a atenção da Polícia e até do Poder Judiciário” (fl. 300);

e) “o acusado Paulo Henrique afirmou em seu depoimento que ‘tendo o depoente sacado o valor em espécie e repassá-lo a Francisco Elder ...’; e que “conheceu Cléber Picelli apenas hoje; que não conhece Cléber, com certeza absoluta ...” (fl. 301);

f) “o acusado Antônio Carlos disse em seu depoimento ‘que Francisco Elder então propôs ao depoente o recebimento de valores’; ‘que conhece os demais réus, com exceção de Cléber Picelli...’ (fl. 301), arrematando que ‘tais depoimentos demonstram que não há nenhum relacionamento do acusado com os atos ilícitos apurados neste procedimento e que a pessoa responsável, e talvez intermediário entre os cabeças e os laranjas, trata-se do indivíduo conhecido por Elder Ripardo’” (fl. 301).

Por sua vez, a r. sentença apresenta-se congruente com o objeto da acusação, *i.e.*, os fatos narrados na denúncia, a respeito dos quais, viu-se acima, os réus manifestaram a necessária defesa. Cito:

Os réus fazem parte de uma organização criminosa caracterizada por se valer de indivíduos que fornecem suas contas para despistarem transferências fraudulentas de valores fruto de invasões nas contas de correntistas da Caixa Econômica Federal através da Internet e outros meios

de informática, sendo que, ao receberem tais valores, os repassavam para comparsas ou mesmo os utilizavam para o pagamento de contas particulares, lesando de uma só vez a CEF e os verdadeiros correntistas (cf. sentença, fl. 332).

E ainda:

Entretanto, verifica-se que, uma vez tendo-se apoderado do numerário de outrem, os delinqüentes se utilizam de diversos mecanismos para subtraírem-se das ações investigativas, como transferências sucessivas para diversas contas, além de usufruírem de vantagens econômicas ilícitas, adquirindo bens e pagando contas. Neste último aspecto, verifica-se a figura típica do crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98.

Incorre, pois, na pena de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de crimes praticados por organização criminosa, os converte em ativos ilícitos, ou os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimentou ou transfere (fls. 333/334).

Vê-se bem que o *decisum*, tão-somente, conferiu aos fatos narrados na denúncia a qualificação típica que considerou ser mais adequada, nisto distanciando-se, e em mais nada, da acusação.

Com tais considerações, e destoando, *venia permissa*, do opinamento do eminente Procurador Regional da República, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, por ofensa ao art. 384 do CPP e violação da garantia do contraditório, argüida no apelo de Cléber Picelli.

Ainda em sede de preliminar, o apelante Cléber Picelli sustenta a nulidade da sentença, ante a ausência de fundamentação na aplicação da pena-base que lhe foi imposta acima do mínimo legal.

Ao que pese a seqüência dada na argumentação do recorrente, que tratou a matéria como se fosse prefacial do mérito, entendendo ser ilógico apreciar a fixação da pena, antes mesmo de decidir acerca da responsabilidade penal desse, bem como dos demais apelantes.

Isso porque, ainda que se reconheça a ausência de fundamentação da sentença, na exacerbação da pena mínima *in abstracto*, poderá o Tribunal superar a falha, alterando a dosimetria da sanção, e, se necessário, reduzindo a pena (cf. REsp 11632/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 28.10.1991).

Ou, ainda, se der nova classificação típica aos fatos narrados na denúncia, não haverá modificação da pena, mas nova apenação, que desta vez ficará a cargo do Tribunal, respeitados os limites da *reformatio in pejus*.

Com isso, toca-se no mérito das apelações, que passo a apreciar em seguida, individualizando as objeções às sentenças levantadas em ambos os recursos.

I. APELAÇÃO DE ANTÔNIO CARLOS VIEIRA PEREIRA, PAULO HENRIQUE ALVES DOS SANTOS E CÉSAR RODRIGUES DO NASCIMENTO (FLS. 559/566):

Os apelantes alegam: a) não terem praticado o delito de lavagem de dinheiro, e, sim, o de favorecimento real, previsto no art. 349 do CP, pois eram meros “laranjas” dos verdadeiros mentores do crime; b) não restou caracterizado o crime de quadrilha, em face da ausência de dolo específico e do fim visado; c) serem merecedores da redução da pena, na forma do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, a qual deve ser cumprida em regime inicial aberto; e d) isenção da pena de multa, por serem pobres.

A Lei nº 9.613/98 tem por objetivo reprimir “os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores”, dentro de um contexto em que se intensifica, no plano internacional, a busca de mecanismos mais eficazes para reprimir a expansão das organizações criminosas relacionadas com o narcotráfico e os delitos econômicos.

Diante desse desafio, o referido dispositivo legal busca dificultar a ocultação e a dissimulação dos bens e capitais advindos de crimes especialmente graves, com a punição daqueles que auxiliam os criminosos, obstruindo a ação da Justiça, para, dessa forma, coibir indiretamente a prática criminosa principal, bem assim a sua repercussão sobre determinados bens jurídicos relevantes para a sociedade, notadamente a higidez do sistema financeiro.

A capitulação do tipo delituoso na sentença é a de quem “para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes” – no caso, de acordo com a sentença, crimes praticados por organização criminosa –, “os converte em ativos lícitos, ou os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere” (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98)³, para depois serem restituídos aos circuitos econômicos legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se tivesse sido obtido de forma lícita.

³ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa;

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal).

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Nesse sentido, anota William Terra de Oliveira⁴:

As figuras penais em questão revelam um processo de lavagem de dinheiro em andamento, guardando em alguns momentos uma certa semelhança com o crime de favorecimento real (art. 349) e com o crime de receptação (art. 180 do Código Penal). O tipo descreve a conduta do agente que possibilita que os bens, direitos ou valores oriundos dos graves crimes descritos no *caput* possam ser reintroduzidos no circuito econômico, mediante determinadas operações (descritas nos incisos I, II e III), assegurando desta forma sua **disponibilidade** e fruição, bem como a **impunidade**.

Os três incisos do § 1º são a ilustração de típicas operações de lavagem de dinheiro, representadas por negócios jurídicos de aquisição, troca, guarda, movimentação e transferência, algumas vezes em relação ao exterior, que acabam por gerar riquezas de aparência lícita e de pronta disponibilidade.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

⁴ *Apud* Cervini, Terra e L.F.Gomes, “Lei de Lavagem de Capitais”, Ed. RT, p. 313 ss.

(...)

Pune-se tanto a conduta realizada em proveito próprio (no que assume feições de receptação) como a prestação de auxílio a terceiros no sentido de tornar segura a vantagem material obtida com os crimes antecedentes, possibilitando o gozo do proveito do crime anterior e impedindo a ação da justiça (no que se assemelha a favorecimento real).

Com efeito, a doutrina esclarece que, para a tipificação do ilícito penal em comento, basta o conhecimento pelo agente de que os bens, direitos e valores, cuja origem pretende ocultar ou dissimular, provêm do cometimento de um dos crimes dos incisos anteriormente mencionados, não se exigindo que o autor do delito de lavagem de dinheiro tenha praticado tais infrações penais.

A propósito, Alberto da Silva Franco⁵ observa que:

Partindo do princípio de que, conforme assevera Rodrigo Santiago, a luta contra a lavagem coenvolve sempre, também, o combate à ação prévia, da qual nasceu a vantagem que carece de ser branqueada (...) o cerne da questão está, pois, na conduta do agente que, não sendo co-autor ou receptor, obstaculiza a ação da justiça, impedindo que se chegue ao seu fim. É a busca desse Estado justo que legitima a punição do agente que está a impedir a eficaz atividade judiciária, fazendo com que ela seja frustrada em sua finalidade de luta contra o crime.

Ademais, a respeito, não se pode olvidar que o art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98 estatuiu, expressamente, que o processo e o julgamento dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, “independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes”.

Com tais considerações, pode-se sistematizar as características essenciais da infração em comento:

a) o delito é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, e tem como objetividade jurídica a ordem sócio-econômica e a administração da Justiça;

⁵ “Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial”, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. II, p. 2099.

b) da mesma forma que ocorre com os crimes de receptação e de favorecimento real, necessita da ocorrência de um fato delituoso prévio, porque deste é que se originará o objeto material sobre o qual vai recair a conduta típica respectiva. Todavia, ao contrário do que acontece com os delitos dos arts. 180 e 349 do CP, a Lei nº 9.613/98 elenca, de forma taxativa, os seguintes delitos como antecedentes da lavagem de dinheiro: tráfico de entorpecentes; terrorismo; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante seqüestro; crime contra o sistema financeiro nacional e crime praticado por **organização criminosa**; e

c) para perfectibilizar-se, dessa forma, a tipicidade do delito em apreço, basta que o autor do fato tenha consciência da origem ilícita do produto, e a vontade de praticar a conduta criminosa, ou seja, ocultar ou dissimular a origem ilícita dos valores ou bens, não sendo exigível que também tenha praticado o crime antecedente.

Em um confronto inicial de tudo o que foi exposto sobre o crime de “lavagem de dinheiro”, o tipo penal incriminador e a descrição fática formulada na denúncia, não parece existir subsunção dos fatos à norma prevista no art. 1º, § 1º, II, da Lei nº 9.613/98, simplesmente porque o crime antecedente – no caso, crime praticado por organização criminosa – não ficou comprovado.

Com efeito, a peça acusatória apenas reproduz as conjecturas que fez o relatório da autoridade policial, a qual, por sua vez, reporta-se a informações da Caixa Econômica Federal que mencionam genericamente utilização de programa de informática conhecido pela sigla *trojan* ou “cavalo de tróia”, através do qual teriam sido extraídas informações das contas e dos seus titulares, usuários de computadores infectados, ou mediante página “clonada” da instituição bancária federal na rede mundial de computadores, disponibilizada por provedores infectados por membros de organização criminosa, denominados de *crackers*, “com atuação já conhecida no Estado do Ceará, com ramificação no Pará, e que, provavelmente, está expandindo a sua atuação no País”.

De ressaltar que a imprensa escrita, desde o início, deu publicidade ao caso, acreditando tratar-se de “quadrilha de fraudadores do sistema bancário através da *Internet*” (cf. “Diário do Nor-

deste”, que circulou em Fortaleza/CE no dia 10.01.2005, fl. 87).

A r. sentença acolhe essas presunções como se fatos fossem, contudo, os autos não confirmam, em nenhum momento, a relação da famigerada quadrilha de *crackers* com os acusados.

De concreto, há apenas as declarações dos apelantes perante a autoridade policial, posteriormente confirmadas em Juízo (fls. 62/69), nas quais apontam um único indivíduo possivelmente ligado à fraude antecedente, Francisco Elder Ripardo⁶, que responde a processo criminal autônomo, ora suspenso.

Não havendo quadrilha de uma pessoa só, a fraude através da qual foram realizadas as transferências bancárias não configura “crime praticado por organização criminosa”, nem qualquer dos demais crimes dos incisos I a VIII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, antecedentes que se fazem necessários para tipificar o delito de lavagem de dinheiro.

Resta saber se os apelantes cometeram o crime de favorecimento real (art. 349 do CP), como pretendem, e para isso a doutrina recomenda a distinção entre esse delito e o de receptação (art. 180 do CP).

Na lição de Heleno Cláudio Fragoso, “para que possa configurar-se o favorecimento real, é indispensável que o fato não constitua receptação (art. 180, CP), **como expressamente menciona a lei**⁷. Haverá receptação sempre que o auxílio praticado pelo agente consistir em aquisição, recebimento ou ocultação de coisa produto de crime ou em influência para que terceiro a adquira, receba ou oculte, e a ação for praticada para o fim de conseguir vantagem para si ou para outrem (não, porém, para o criminoso). Somente o chamado dolo específico, ou seja, o especial fim de agir, distingue,

⁶ Francisco Edson (ou Elder) Ripardo, técnico em eletrônica, tido como possível fraudador, e recrutador dos “laranjas”.

⁷ “Art. 349. Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.”

nestes casos, a receptação do favorecimento. Neste, não visa o agente obter proveito econômico (próprio ou alheio), mas, tão-somente, beneficiar o criminoso.” (Grifei)

Como se vê da doutrina do mestre Fragoso, o crime de favorecimento real distingue-se do de receptação por estar em causa neste o proveito econômico próprio ou de terceiro, enquanto naquele, pelo fato do proveito ser assegurado exclusivamente em favor ou no interesse do próprio autor do crime antecedente.

Antes de mais nada, observo que a origem ilícita dos depósitos – ou seja, a materialidade do crime antecedente (a “fraude ou estelionato” do art. 171 do CP) – é insofismável, pois os correntistas lesados comunicaram a fraude à autoridade policial competente (fls. 30/31), e a instituição financeira logrou identificar o destino de algumas das referidas transferências bancárias (fls. 32 e 34), que se descobriu serem contas tituladas pelos apelados, ou por pessoas intimamente ligadas a eles:

a) conta nº 1887.013.44614-7, Ag. Mister Hull, titulada pelo acusado, ora apelante, Paulo Henrique Alves dos Santos, que recebeu 7 (sete) depósitos, totalizando R\$ 44.896,34;

b) conta nº 0668.013.43916-3, Ag. Fortal, titulada por Maria Gudilene da Silva Rodrigues, mulher do acusado/apelante César Rodrigues do Nascimento, onde foram realizados 5 (cinco) depósitos, totalizando R\$ 67.861,83; e

c) conta nº 0926.013.140844-1, Ag. Bezerra de Menezes, titulada pelo também acusado/apelante Antônio Carlos Vieira Pereira, que recebeu depósito no valor de R\$ 56.235,36.

No entanto, é de se afastar a ocorrência de favorecimento real (art. 349 do CP), pois os apelantes afirmaram perante a autoridade policial, e depois confirmaram em juízo, que “alugaram”, mediante pagamento, suas contas bancárias, para receber os R\$ 168.997,53 fraudulentamente desviados de contas de correntistas da agência da Caixa Econômica Federal situada em Samambaia/DF, e depois repassá-los ao indigitado Francisco Edson Ripardo.

Veja-se, a propósito, o que disseram os acusados nas suas auto-defesas:

PAULO HENRIQUE ALVES DOS SANTOS (fl. 63): “que, em dezembro de 2004, Francisco Edson perguntou ao depoente se o mesmo teria conta na Caixa Econômica, afirmando que estava esperando um dinheiro proveniente da venda de imóveis e precisava de uma conta para depósito; que o depoente aceitou, então, fornecer o número de sua conta para depósito a troco de quinhentos reais de gratificação; que o depoente forneceu o cartão magnético da conta e a própria senha para Francisco Elder, recordando que, no dia 9 de dezembro, Francisco Elder avisou ao depoente que ambos precisavam ir à Caixa Econômica para o saque da importância que já fora depositada, ocasião em que receberia os quinhentos reais; que, lá chegando, Francisco Elder tirou o extrato da conta do depoente, tendo informado ao depoente que foram depositados quarenta e sete mil reais e que o depoente deveria sacar quinze mil reais e repassá-los a Francisco Elder; (...) que Francisco Elder permaneceu com o cartão e a senha do depoente, possibilitando o saque do saldo de trinta e dois mil reais; (...) que somente fez um saque; que sabia que Antônio Carlos Vieira Pereira também tinha fornecido a conta para Francisco Elder depositar importâncias, bem como Antônio Carlos sabia do procedimento do depoente no mesmo sentido; que, no dia 13 de dezembro, Antônio solicitou a companhia do depoente no Banco Bradesco, afirmando que realizaria um saque e pela companhia do depoente daria um agrado; que o depoente acompanhou Antônio Carlos até o Bradesco; que permaneceu fora do banco enquanto Antônio Carlos tentava sacar, tendo presenciado a chegada da Polícia Militar, tendo o depoente deixado o ambiente; que o depoente retornou para sua residência, local onde foi preso posteriormente; que só veio a conhecer César Rodrigues do Nascimento na prisão; (...) que, se soubesse ou desconfiasse de algo ilícito em sua conduta, não teria aceito a proposta de Francisco Elder; que não comentou a proposta de Elder com ninguém por desconfiar que algo estava errado (...);”

ANTÔNIO CARLOS VIEIRA PEREIRA (fls. 65/67): “que sabe dizer que Francisco Elder é técnico em eletrônica, tendo oficina de conserto de rádio e televisão em sua própria residência; (...) que Francisco Elder, então, propôs ao depoente o recebimento de valores de um indivíduo desconhecido que estaria necessitando realizar depósito em uma conta em Fortaleza, não tendo informado

quem seria tal indivíduo; que o depoente indagou o porquê de ele mesmo não fornecer tal conta, não tendo o depoente obtido resposta conclusiva; que o depoente acabou por concordar em hospedar os valores a serem depositados a troco de receber dez por cento do total dos valores; que Francisco informou que um depósito de cinqüenta e seis mil reais iria entrar na conta do depoente em dezembro de 2004, o que de fato aconteceu; que o depoente chegou a ir à agência da Caixa Econômica sacar tal importância, sendo que o gerente da referida agência informou a impossibilidade de tal saque, tendo em vista a falta de provisão; que o depoente, então, entendeu por bem transferir parte de tal numerário, no caso, quinze mil reais, para a sua conta no Bradesco, tendo o gerente da Caixa concordado com tal operação; que, no momento em que estava realizando tal operação, foi preso; que, na ocasião do flagrante, estava com Paulo Henrique Alves dos Santos; que Paulo Henrique nada sabia dos fatos, estando apenas no exterior da agência aguardando o depoente para irem passear no centro da cidade; que Francisco Elder solicitou que o depoente sacasse o dinheiro e desse para ele mesmo, Elder; que o depoente não ofereceu nenhuma garantia, seja a Elder, seja para o depositante, de que realmente cumpriria o acordado; (...) que não tem conhecimento se Paulo Henrique ou César Rodrigues também receberam valores em suas contas; que nunca foi preso nem processado; que não chegou a desconfiar de nenhuma irregularidade em tais propostas de depósitos; (...) e, se soubesse de qualquer irregularidade em seus atos, jamais teria aceito participar dos fatos narrados na denúncia; (...) esclarecendo o depoente que recebeu apenas um depósito de cinqüenta e seis mil reais a pedido de Francisco Elder; que o gerente da Caixa Econômica, de nome Pereira, estranhou o depósito de tal quantia, tendo o depoente alegado ao mesmo que se tratava de dinheiro proveniente de venda de imóveis; (...) acrescenta que realizara outro saque anterior no valor de cinco mil reais da conta da Caixa Econômica e repassou quatro mil e quinhentos reais para Francisco Edson Ripardo, fato este ocorrido em 9 de dezembro de 2004; que retifica suas declarações anteriores no sentido de afirmar agora que César Rodrigues do Nascimento também já recebeu dinheiro transferido, sendo este quem apresentou Francisco Edson Ripardo para o depoente (...);” e

CÉSAR RODRIGUES DO NASCIMENTO (fls. 68/69): “(...) em novembro de 2004, Francisco Elder Ripardo perguntou se o depoente poderia ceder sua conta para depósito de quantias a troco de oito mil reais; que o depoente, assim, aquiesceu, fornecendo, inclusive, o cartão magnético e a senha da própria conta para Francisco Elder; que, em dezembro de 2004, Francisco Elder anunciou ao depoente que sessenta e sete mil reais teriam sido depositados na conta fornecida, solicitando que o depoente comparecesse à agência da Caixa Econômica da Av. Santos Dumont para o saque de tal valor; que o depoente compareceu na agência e sacou trinta e cinco mil reais por solicitação de Francisco Elder no dia 9 de dezembro, esclarecendo que o depoente entrou sozinho na agência, permanecendo Francisco Elder fora da mesma; que, na mesma ocasião e nas proximidades da agência, o depoente repassou o numerário a Francisco Elder, nada recebendo da gratificação prometida; que o saldo de trinta e dois mil reais permaneceu na conta do depoente para posterior acerto com Francisco Elder; que o depoente foi preso no dia 13 de dezembro; que, antes do saque, ligou para a agência solicitando a provisão de fundos para saque em espécie; que só realizou este saque; (...) que confiou nas informações de Francisco Elder de que tudo o que estava sendo feito era lícito; (...) que sabia que Antônio Carlos Vieira Pereira estava envolvido em fatos similares, tendo o depoente providenciado os primeiros advogados para Antônio Carlos, tendo o depoente sido preso defronte à delegacia em que se encontrava Antônio, após este ter chamado pelo nome do depoente (...)”.

Embora os acusados neguem saber da verdadeira origem dos depósitos, as declarações em excerto revelam o *modus operandi* do grupo, e a postura cautelosa de cada um, indicando claramente o conhecimento que tinham do caráter ilícito dos volumosos depósitos que receberam, e depois repassaram.

Basta dizer que Francisco Edson (ou Elder) Ripardo, que recrutou os apelantes, reteve consigo os cartões e senhas bancárias, certamente para evitar que seus comparsas efetuassem os saques sem a sua supervisão e controle. No momento em que as operações eram efetuadas, postava-se, em segurança, às vezes sozinho, ou então na companhia de Cléber Picelli, nas proximidades da agência bancária, aguardando a entrega dos valores retira-

dos. Foi assim no dia em que a ação policial foi deflagrada, evadiram-se, ele e Cléber, para escaparem da prisão.

Paulo Henrique Alves dos Santos declarou em juízo, inicialmente, que não desconfiou da origem criminosa dos depósitos, não obstante o montante vultoso do numerário que recebeu (R\$ 47.000,00), especialmente quando se sabe que Francisco Elder é um simples técnico em eletrônica. No entanto, afirmou, em franca contradição, “que não comentou a proposta de Elder com ninguém por desconfiar que algo estava errado”. Reforça a certeza de Paulo Henrique, acerca da proveniência ilícita dos depósitos, o fato de ter permanecido nas imediações do banco, na companhia dos demais integrantes do grupo, enquanto Antônio Carlos tentava sacar o dinheiro, e, quando viu a chegada da Polícia Militar, deixou o local, tendo sido preso depois, já na sua residência.

Antônio Carlos Vieira Pereira afirmou não ter recebido explicação convincente de Elder sobre a origem do dinheiro, porém, questionado a esse respeito pelo gerente da Caixa Econômica, mentiu, dizendo tratar-se de valores provenientes da venda de imóveis. Porém, Antônio Carlos não se limitou a “alugar” sua conta bancária na CEF, mas, também, demonstrando especial “diligência” na consecução do plano criminoso, resolveu ultrapassar os obstáculos criados pelo gerente da agência da Caixa, transferindo, para sua conta no Bradesco, os valores que Francisco Elder disse serem destinados à empresa de Cléber Picelli. Tal operação restou frustrada com sua prisão em flagrante, ocasião na qual foi pego com o envelope contendo os dados bancários da empresa de Cléber.

Por sua vez, César Rodrigues do Nascimento disse que “confiou nas informações de Francisco Elder de que tudo o que estava sendo feito era lícito”, contudo, seu comportamento, ao lado de Francisco Elder e de Cléber Picelli no momento do flagrante de Antônio Carlos, as suas gestões para conseguir advogado para Antônio Carlos, e a revelação de que repassara diretamente a Cléber a quantia de R\$ 25.000,00, sem lastro legítimo (fl. 48 do IPL), demonstram, além da sua associação com os demais criminosos, que manteve posição de destaque na quadrilha, pois, dos que ora apelam, foi o único que cuidou ativamente da “segurança” da

operação, e manteve contato direto com Cléber Picelli, aqui apontado como um dos destinatários finais do produto da fraude.

Quanto à alegação de que eram meros “laranjas”, é preciso considerar, em conjunto com o que foi dito acima, que o grupo colaborou estreitamente com o foragido Francisco Elder, suposto cabeça do bando, tendo César Rodrigues e Paulo Henrique, inclusive, “montado guarda” com Elder e Cléber Picelli na porta da agência bancária, no momento em que Antônio Carlos foi preso, sacando parte dos depósitos fraudulentos, os quais sabia serem destinados a Cléber.

Ora. Um favor inocente, prestado por amigos ou vizinhos, supostamente iludidos por um terceiro indivíduo, convenientemente foragido, não combina com essa modalidade de operação planejada, e de divisão de tarefas, envolvendo elevados valores, que se destinava, inequivocamente, a fazer passar dinheiro ilícito pelas contas bancárias de três pessoas, para que, depois de sacado, descontadas as “remunerações” dos partícipes, pudesse ser encaminhado, já devidamente “lavado”, a seus destinatários finais, dos quais, por ora, conhece-se apenas o também apelante Cléber Picelli e, possivelmente, Francisco Elder, que ainda responde a processo criminal autônomo.

As declarações e as provas referidas evidenciam, ao meu sentir, o ânimo de lucro dos apelantes Antônio Carlos Vieira Pereira, Paulo Henrique Alves dos Santos e César Rodrigues do Nascimento, bem assim o pleno conhecimento que tinham de que os depósitos que receberam, e depois repassaram – ou tentaram repassar –, tinham procedência criminosa, executando conduta que se enquadra perfeitamente no tipo penal descrito no art. 180, *caput*, primeira parte, e § 6º, do CP:

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

§ 6º. Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* deste artigo aplica-se em dobro.

Repisando o que disse no início deste voto, o réu se defende dos fatos descritos na denúncia, e não da capitulação legal dada pelo Ministério Público, e, porque não se percebe, *in casu*, qualquer limitação à defesa no tocante às condutas narradas na exordial acusatória, uso da prerrogativa do art. 383 do CPP, para imputar aos apelantes o crime do art. 180, *caput*, do CP.

Aplico a qualificadora do § 6º do citado art. 180 do CP, em virtude de os recursos recebidos, posto que pertencentes a particulares, terem sido desviados de contas bancárias hospedadas na Caixa Econômica Federal, empresa pública da União, e disso os acusados/apelados tinham pleno conhecimento, pois foram “contratados” exclusivamente por serem correntistas da CEF.

A conduta dos acusados atinge, assim, bens jurídicos da União, no caso, a credibilidade dos serviços de empresa pública federal, e a eventual reparação civil aos correntistas lesados, a consubstanciar receptação qualificada pela natureza pública do bem jurídico ofendido.

Desclassificado o delito do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, para o do art. 180, *caput* e § 6º, do CP, não há falar em benefício da delação premiada, previsto do § 5º daquele dispositivo especial, sendo, ao invés, aplicável em tese a atenuante genérica do art. 65, III, *d*, do CP⁸.

A referida atenuante trata da confissão espontânea, que, na lição de Guilherme de Souza Nucci⁹, é “admitir, contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.”

⁸ “Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

III - ter o agente:

(...)

d - confessado, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.”

⁹ “Código Penal Comentado”, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 358.

Afora a inobservância dos requisitos formais da confissão, acima delineados, e o fato de ter sido feita apenas na apelação da defesa, após a prolação da sentença condenatória, a intenção dos apelantes, em admitir contra si próprios a prática do delito de favorecimento real, não indica arrependimento, remorso nem penitência, capazes de atenuar a pena a ser eventualmente aplicada. Tal expediente busca apenas eximi-los de um crime gravemente punível (lavagem de dinheiro), ou mesmo de um crime de menor gravidade (receptação), para que respondam por delito de pequeno potencial ofensivo, punido com penas privativas de liberdade que variam de 1 (um) a 6 (seis) meses, e que, apenas por isso, atraí consigo o benefício da suspensão condicional da pena, caso esta não seja substituída nos termos do art. 44 do CP.

Não vislumbro, na iniciativa da defesa dos acusados, a espontaneidade visada na lei, pois o motivo que se depreende da apelação é o de, simplesmente, valerem-se de benefício legal. Afinal, “é no motivo, e não na sua voluntariedade, que se afere a espontaneidade que faz da confissão circunstância atenuante da pena” (STJ, HC 13.286-MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 19.02.2001).

Por outro lado, os apelantes Antônio Carlos Vieira Pereira, Paulo Henrique Alves dos Santos e César Rodrigues do Nascimento também encontram-se incursos nas penas do art. 288 do CP (quadrilha ou bando), pois, recrutados por Francisco Elder, e agindo em conjunto com ele e Cléber Picelli, receberam valores obtidos ilícitamente por meio de 13 transferências bancárias, totalizando R\$ 168.997,53, que seriam sacados aos poucos, e depois entregues aos destinatários finais, tudo no sentido de ocultar a origem ilícita dos depósitos.

Havia, pois, ânimo associativo entre todos os envolvidos – os três acusados que ora apelam, Francisco Elder Ripardo e Cléber Picelli, ultrapassando o mínimo legal de quatro pessoas –, de forma plurilateral, estável, e organizada para o cometimento de crimes, consubstanciando hipótese de verdadeira sociedade criminosa.

Diante disso, é irrelevante que os membros da quadrilha fossem conhecidos ou amigos, também não se descaracterizando o crime a eventual absolvição de um ou mais integrantes – no caso,

Francisco Elder Ripardo e Cléber Picelli –, sobretudo quando as provas dos autos convergem para determinar que esse indivíduos foram, respectivamente, o mentor e o beneficiário de toda a prática delituosa.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal¹⁰:

A tese de que é impossível condenar-se uma só pessoa, num processo, por delito de quadrilha, por ser crime de concurso necessário, não merece guarida, porquanto o que importa é a existência de elementos nos autos denunciadores da *societas delinquentium*. É irrelevante não abranger a condenação os demais componentes do bando, pois a doutrina entende que, mesmo não sendo possível a identificação de um ou alguns dos quatro integrantes, ainda assim, o delito não deixa de existir (RTJ 112/1064).

Por derradeiro, não merece acolhimento a pretensão dos apelantes de exclusão da pena de multa. É que não existe, no ordenamento jurídico, possibilidade genérica de exclusão da pena em razão da difícil situação do acusado.

Na espécie, tendo incorrido nas penas do art. 180, *caput*, do CP (receptação dolosa) – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa –, não pode o Julgador deixar de aplicar a pena, sem que tal hipótese tivesse sido permitida pelo legislador.

É de se destacar, ainda, que os apelantes poderão requerer ao Juízo da Execução, no momento do pagamento da multa, o seu parcelamento, alegando suas precárias condições financeiras, nos termos do art. 50 do CP.

Nesse sentido já decidiu esta eg. Quarta Turma, em acórdão por mim relatado, *verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. EXCLUDENTE DE ILICITUDE INEXISTENTE. PENA DE MULTA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini, “Código Penal Interpretado”, São Paulo: Atlas, 1999, p. 1548.

- Autoria e materialidade dos delitos tipificados nos arts. 12 e 18, I, da Lei 6.368/76 restaram plenamente comprovadas, tanto pelo laudo de exame que atesta a existência de mais de 1 kg de cocaína apreendida no tênis da acusada, bem como pelo interrogatório da acusada e do depoimento do Policial Federal que efetuou a prisão.
- O fato de a acusada estar desempregada não caracteriza o estado de necessidade que justificasse a prática do delito de tráfico internacional de entorpecentes.
- Impossibilidade de exclusão da pena pecuniária, tendo em vista o disposto no art. 12 c/c art. 18, I, da Lei 6.368/76.
- Apelação, em parte, provida.
(ACR 3.339/PE, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, *DJ* 07.03.2005).

II. APELAÇÃO DE CLÉBER PICELLI (FLS. 481/515):

O apelante alega que a prova contra si utilizada é precária, sendo que as testemunhas não lhe imputaram qualquer responsabilidade pelos crimes articulados na peça acusatória.

Não é bem assim.

A sentença diz que, no dia 13.12.2004, Antônio Carlos Vieira Pereira foi preso em flagrante quando efetuava transferência de valores oriundos de fraude, praticada contra correntistas da CEF em Samambaia/DF, tendo, em seu poder, envelope contendo os dados bancários da empresa JC Comércio e Serviços, cuja movimentação financeira ficava a cargo de Cléber Picelli, marido da proprietária.

Na ocasião, Antônio Carlos afirmou que recebeu o envelope de Francisco Elder Ripardo, que aguardava a conclusão da operação, juntamente com o denominado Cléber, do lado de fora da agência bancária (fl. 14 do IPL).

Ouvido, César Rodrigues do Nascimento informou que sacou a quantia de R\$ 25.000,00 para Cléber Picelli, que agia com Francisco Elder (fl. 48 do IPL).

Cléber Picelli, em juízo (fls. 70/72), declarou ser possível que os dados bancários da JC Comércio e Serviços tivessem sido obtidos por ladrões que roubaram a sua empresa.

Ressalta, por fim, que a empresa não está registrada na Junta Comercial do Ceará (fl. 176).

Compulsando os autos, verifico que o extrato da conta corrente da JC Comércio e Serviços (fls. 243/253) revela movimentação bancária intensa para os padrões modestos da empresa, que é informal, residencial, e possui capital social de apenas R\$ 6.000,00. Com efeito, em 24.05.2004, foram depositados na referida conta R\$ 15.300,00, e depois R\$ 3.607,54 (19.08.2004), R\$ 3.200,00 (25.10.2004) e R\$ 3.900,00 (19.11.2004), valores esses que foram imediatamente estornados pela instituição bancária, da mesma forma que o depósito ilícito recebido por Antônio Carlos, flagrado pela Polícia em 09.12.2004 (fl. 241).

Também é digno de nota que a empresa manteve, no período coberto pelo referido extrato (nove meses), saldo negativo ou próximo de zero ao final de cada mês, o que denota a necessidade constante de numerário em espécie, ou algum tipo de transferência bancária com aparência de legalidade, ou seja, “lavada”.

Aqui, não se trata de presunção, mas de um conjunto de fortes indícios, bastantes para dar contornos de certeza à participação de Cléber Picelli nos ilícitos praticados pelos demais apelantes. Senão vejamos.

Há, primeiramente, a prova material inequívoca, qual seja, o envelope que estava em poder de Antônio Carlos, apreendido no momento de sua prisão em flagrante (fl. 24 do IPL).

Ademais, o mesmo Antônio Carlos declarou em juízo (fl. 67) que “chegou a transferir quinze mil reais da CEF para o banco Bradesco”, sendo este, aproximadamente, o valor da transferência injustificada que acusou o extrato bancário da empresa JC Comércio e Serviços em 24.05.2004.

Como disse a sentença, apoiada nos depoimentos de Antônio Carlos e de César Rodrigues do Nascimento, Cléber Picelli, ou simplesmente Cléber (ou Kléber), era comparsa de Francisco Elder, e na companhia deste aguardava o desfecho da operação que restou infrutífera com a prisão em flagrante de Antônio Carlos (fl. 48 do IPL).

E, conforme apontou o Juiz *a quo*, com base no depoimento de fl. 48 do IPL, César repassou a Cléber Picelli a quantia de R\$ 25.000,00, proveniente dos saques criminosos.

O apelante sabia, igualmente, que os depósitos dos quais se beneficiava provinham de correntistas da Caixa Econômica Federal, os quais, comprovou-se, foram vítimas de fraude. Esse fato foi confirmado no auto de prisão em flagrante de Antônio Carlos (fl. 13 do IPL), e depois ratificado em juízo (fl. 130), pela testemunha Adail da Costa Firmeza, técnico bancário, que declarou: “que o elemento conhecido por Kléber, que possivelmente mora no Montese, é quem faz o contato com os “cabeças” responsáveis pela transferência do valor de R\$ 56.235,36 para a conta da CEF do conduzido Antônio Carlos Vieira Pereira”.

A defesa do apelante não logrou desconstituir a coerência desses fortes indícios, os quais, analisados em conjunto, evidenciam o elo existente entre Cléber Picelli e os demais integrantes da quadrilha que praticou a receptação de valores fraudulentamente desviados.

A esse respeito, não explicou convenientemente a posse dos dados bancários pelo indigitado Antônio Carlos – a hipótese de roubo à empresa não foi comprovada –, nem justificou a suspeita movimentação financeira da empresa que geria, tampouco rebateu as afirmações categóricas do mesmo Antônio Carlos, nem as de César Rodrigues, que o envolvem na trama, como sendo destinatário final do produto do dinheiro branqueado pela quadrilha.

Tampouco explicou por que, no instante em que Antônio Carlos foi preso, estava do lado de fora da agência bancária, com César Rodrigues e os outros acusados, numa atitude que demonstra cautela contra eventual ação policial, tanto é assim que se evadiu, juntamente com César, daquele local.

À vista disso, Cléber Picelli, sabendo da origem criminosa dos valores transferidos de correntistas da Caixa Econômica Federal, associou-se a Antônio Carlos Vieira Pereira, Paulo Henrique Alves dos Santos e César Rodrigues do Nascimento, no intuito de utilizar-se de suas contas bancárias para dar aparência lícita ao dinheiro oriundo daquelas fraudes, do qual era um dos destinatários

finais. Cléber situava-se, na quadrilha, na posição de receptor dos receptadores, incorrendo nas penas do art. 180, *caput* e § 6º, c/c art. 288, ambos do CP.

III. APLICAÇÃO DAS PENAS AOS CONDENADOS:

O apelante Cléber Picelli argúi a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação na fixação da pena.

Eis os trechos da sentença (fls. 328/336), impugnados no recurso:

43 - Percebo que os réus agiram em conjunto, com idêntica motivação e propósitos, sendo que suas condutas sociais não condizem com os padrões médios aceitos pela sociedade, pelo que, atendendo aos demais requisitos do art. 59 do Código Penal, **FIXO, com relação ao crime previsto no art. 1º, § 1º, da Lei 9.613/98 como necessário e suficiente** para a reprovação e prevenção do crime, a pena-base dos réus **Antônio Carlos Vieira Pereira, Paulo Henrique Alves dos Santos e Cléber Picelli, em cinco anos de reclusão**, que, ante a presença da agravante “motivo torpe” – art. 61, II, a, do Código Penal –, agravo a pena em 1/3 (um terço), pelo que, ante a ausência de outras circunstâncias que agravem ou atenuem, qualifiquem ou privilegiem o crime, **torno definitiva em SEIS ANOS E OITO MESES de reclusão** a ser cumprida, na forma do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, em regime semi-aberto.

44- Tendo em vista ser o réu **César Rodrigues do Nascimento** possuidor de antecedentes criminais (fls. 319/322), **FIXO, como necessário e suficiente** para a reprovação e prevenção do crime previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, a pena-base do réu, em seis anos de reclusão, que, ante a presença da agravante “motivo torpe” – art. 61, II, a, do Código Penal –, agravo a pena em 1/3 (um terço), pelo que, ante a ausência de outras circunstâncias que agravem ou atenuem, qualifiquem ou privilegiem o crime, **torno definitiva em OITO ANOS de reclusão**, a ser cumprida, na forma do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, em regime semi-aberto.

45 - CONDENO, ainda, os réus, igualmente e individualmente, nas custas e no pagamento de **multa**, sendo esta,

atendendo-se à situação econômica dos mesmos e aos valores transacionados, **no valor de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sendo cada dia-multa ora fixado em um salário mínimo vigente ao tempo do fato**, de acordo com o art. 49 do Código Penal.

46 - No que diz respeito ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, FIXO a pena-base dada a cada um dos réus em 2 (dois) anos de reclusão, tendo em vista constituírem-se de pessoas com consciência livre para as suas ações, movidas com o único intuito de locupletar-se do dinheiro alheio, demonstrando, assim, grave periculosidade, pelo que, ante a ausência de outras circunstâncias que agravem ou atenuem, qualifiquem ou privilegiem o crime, **torno definitiva em DOIS ANOS de reclusão**, a ser cumprida, na forma do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, em regime semi-aberto. (Destaques do original)

Não é despidendo lembrar, como fizeram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho¹¹, que:

Os requisitos essenciais da sentença vêm expostos no art. 381 do CPP: nos incisos I e II exige-se o relatório; constando no n° III a necessidade de motivação fática e jurídica; o inciso IV, ao referir-se à obrigatoriedade de indicação dos artigos de lei aplicados, e o n° V, ao mencionar o dispositivo, abrange a parte decisória; o último cuida da data e autenticação do ato.

Dos mesmos autores¹²:

A necessidade de motivação é imperiosa no sistema de livre convencimento. Abandonamos os sistemas da prova legal e da íntima convicção do juiz, tem o magistrado liberdade na seleção e valoração dos elementos de prova para proferir a decisão, mas deve, obrigatoriamente, justificar o seu convencimento.

Se tal motivação, segundo doutrinadores como Miguel Reale Jr., Luiz Antônio Guimarães Marrey, Guilherme de Souza Nucci, den-

¹¹ Op. Cit., p. 212.

¹² *Idem*, p. 209.

tre outros críticos da chamada “política de pena mínima”¹³, é tida como fundamental, mesmo quando fixada a pena-base no mínimo legal, o que não dizer nos casos em que o Julgador exacerba a pena até patamares próximos do máximo *in abstracto*, como fez a r. sentença recorrida.

Cotejando a sentença com as premissas levantadas acima, é inegável que o douto Juiz monocrático preteriu os requisitos indispensáveis à individualização da pena. Não considero, porém, que essa circunstância possa ensejar, por si só, a anulação da sentença.

Primeiro, porque, como disse no início deste voto, o Tribunal poderá superar a falha, alterando a dosimetria da sanção, e, se necessário, reduzindo a pena (cf. REsp 11632/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 28.10.1991).

Depois, porque a discussão da dosimetria aplicada na sentença é ociosa, quando há, no Tribunal, desclassificação para delito menos grave, no caso, do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, para o art. 180, *caput* e § 6º, do CP, mantendo-se, porém, o concurso com o art. 288 do CP. É que, diante dos mesmos fatos, tem-se capitulação distinta das que foram dadas na denúncia e na sentença, impondo-se, necessariamente, a retomada do procedimento de aplicação da pena.

Noutras palavras, a reforma do *decisum* não se restringe à sua parte dispositiva final, mas atinge o âmago da imputação delictiva atribuída aos acusados/apelantes, cuja conseqüência lógica e natural é a aplicação de nova reprimenda.

Não havendo recurso da acusação, o único limite que se reporta à sentença reformada é a proibição da *reformatio in pejus*.

Com tais considerações, passo à apenação individualizada dos acusados, ora apelantes:

PAULO HENRIQUE ALVES DOS SANTOS: 1) Recepção qualificada (art. 180, *caput* e § 6º, do CP): O apelante não agiu

¹³ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. “Individualização da Pena”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 335/340.

com intensidade de dolo. Motivou-o apenas o desejo, em si reprovável, de aferir ganho financeiro “fácil”, desconsiderando a repercussão negativa que sua conduta poderia causar aos particulares e ao banco lesados. Os autos não apresentam quaisquer elementos que desabonem a sua conduta social e da sua personalidade, nem revelam a existência de antecedentes criminais. Sendo assim, com fundamento no art. 59, *caput*, do CP, fixo, pelo cometimento do crime do art. 180, *caput* e § 6º, do CP, a pena-base em **dois anos de reclusão**, que torno definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou aumento. Levando em conta os mesmos argumentos, fixo a pena de multa (arts. 49, 59, e 60, todos do CP) em **10 dias-multa**, sendo que, atendendo à condição econômica do acusado, que, afinal, é pe-dreiro, o valor do dia-multa deverá ser de **1/30 do valor do salário mínimo vigente à época do fato; 2) Quadrilha ou bando (art. 288 do CP)**: O designio que tinha que dar seguimento à execução dos planos traçados pelos cabeças da quadrilha são elementares do crime de quadrilha. Porém, o acusado/apelante não revelou contra si nenhuma das circunstâncias do art. 59 do CP, razão pela qual fixo, como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime do art. 288 do CP, a pena-base em **um ano de reclusão**, que torno definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou aumento.

ANTÔNIO CARLOS VIEIRA PEREIRA: 1) Receptação qualificada (art. 180, *caput* e § 6º, do CP): Com relação ao crime de receptação qualificada, devo considerar os mesmos argumentos utilizados acima. Com efeito, o apelante não agiu com intensidade de dolo, tendo-o motivado, apenas, o desejo, em si reprovável, de aferir ganho financeiro “fácil”, desconsiderando a repercussão negativa que sua conduta poderia causar aos particulares e ao banco lesados. Os autos não apresentam quaisquer elementos que desabonem a sua conduta social e da sua personalidade, nem apontam a existência de maus antecedentes. Sendo assim, com fundamento no art. 59, *caput*, do CP, fixo, pelo cometimento do crime do art. 180, *caput* e § 6º, do CP, a pena-base em **dois anos de reclusão**, que torno definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou aumento. Levando em conta os mesmos argumentos, fixo a pena de multa (arts. 49, 59, e 60, todos do CP) em **10 dias-multa**, sendo que, atendendo à

condição econômica do acusado, que é simples servente de obra, o valor do dia-multa deverá ser de **1/30 do valor do salário mínimo vigente à época do fato**; **2) Quadrilha ou bando (art. 288 do CP)**: O desígnio que tinha que dar seguimento à execução dos planos traçados pelos cabeças da quadrilha são elementares do crime de quadrilha. Porém, o acusado/apelante não revelou contra si nenhuma das circunstâncias do art. 59 do CP, razão pela qual fixo, como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime do art. 288 do CP, a pena-base em **um ano de reclusão**, que torno definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou aumento.

CÉSAR RODRIGUES DO NASCIMENTO: 1) Receptação qualificada (art. 180, caput e § 6º, do CP): O apelante agiu com maior intensidade de dolo do que os pré-citados acusados, pois funcionou como imediato dos cabeças do bando, em todas as fases da receptação. Ademais, é possuidor de antecedentes criminais (fls. 319/322), e foi expulso, a bem do serviço, dos quadros da Polícia Militar do Ceará. Sendo assim, com fundamento no art. 59, caput, do CP, fixo, pelo cometimento do crime do art. 180, caput e § 6º, do CP, a pena-base em **dois anos e seis meses de reclusão**, que torno definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou aumento. Levando em conta os mesmos argumentos, fixo a pena de multa (arts. 49, 59, e 60, todos do CP) em **30 dias-multa**, sendo que, atendendo à condição econômica do acusado, que, afinal, é moto-taxista, o valor do dia-multa deverá ser de **1/30 do valor do salário mínimo vigente à época do fato**; **2) Quadrilha ou bando (art. 288 do CP)**: O que foi dito acima, acerca das circunstâncias do art. 59 do CP, desfavoráveis ao apelante, aplica-se aqui para que seja fixada, como necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime do art. 288 do CP, a pena-base em **um ano e três meses de reclusão**, que torno definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou aumento.

CLÉBER PICELLI: 1) Receptação qualificada (art. 180, caput e § 6º, do CP): A conduta do apelante foi, sem dúvida nenhuma, a mais reprovável de todos acusados, pois, na condição de destinatário final do produto do crime, foi o maior beneficiário da receptação. Os autos apontam-no, também, como um dos cabe-

ças da quadrilha. Ademais, é possuidor de antecedentes criminais (fls. 324). Sendo assim, com fundamento no art. 59, *caput*, do CP, fixo, pelo cometimento do crime do art. 180, *caput* e § 6º, do CP, a pena-base em **dois anos e oito meses de reclusão**, que torno definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou aumento. Levando em conta os mesmos argumentos, fixo a pena de multa (arts. 49, 59, e 60, todos do CP) em **40 dias-multa**, sendo que, atendendo à condição econômica do acusado, que é comerciante, o valor do dia-multa deverá ser de **uma vez o valor do salário mínimo vigente à época do fato; 2) Quadrilha ou bando (art. 288 do CP):** O que foi dito acima, acerca das circunstâncias do art. 59 do CP, desfavoráveis ao apelante, aplica-se aqui para que seja fixada, como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime do art. 288 do CP, a pena-base em **um ano e quatro meses de reclusão**, que torno definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou aumento.

Tendo em vista o concurso material de crimes (art. 69 do CP), as penas concretas privativas de liberdade somam, para Paulo Henrique Alves dos Santos e Antônio Carlos Vieira Pereira, **três anos de reclusão**, cada um, para César Rodrigues do Nascimento, **três anos e nove meses de reclusão**, e para Cléber Picelli, **quatro anos de reclusão**. O regime inicial de cumprimento das penas, para todos os apelantes/acusados, será o aberto (art. 33, § 2º, *c*, do CP).

Observe, ainda, que a pena privativa de liberdade imposta aos acusados pode ser substituída por penas restritivas de direitos.

Com efeito, analisando sobre o tema em questão, ou seja, a aplicação das penas restritivas de direitos esclareceu MIRABETE¹⁴:

(...) Estando o feito na fase recursal, seja em apelação, embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário etc., o tribunal que apreciá-lo deverá também considerar a possibilidade de sua aplicação.

¹⁴ “Código Penal Interpretado”. São Paulo: Editora Atlas, 1999, pág. 287.

Sobre a matéria, o col. Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se da seguinte forma:

Torna-se obrigatória a substituição de penas privativas de liberdade por uma das restritivas de direito, quando o juiz reconhece na sentença as circunstâncias favoráveis do art. 59, bem como as condições dos incisos II e III do art. 44 c/c o seu parágrafo único, todos do CP, caracterizando direito subjetivo do réu. (RSTJ 92/388)

O art. 44 do CP, em sua atual redação (Lei 9.174/98), estabelece:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Em face das circunstâncias judiciais que lhes foram plenamente favoráveis, reconheço em prol de Paulo Henrique Alves dos Santos e Antônio Carlos Vieira Pereira o preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos do art. 44 do CP, para a substituição de cada uma das penas privativas de liberdade, ora aplicadas, por duas restritivas de direitos, na forma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, consoante os termos do inciso IV do art. 43 e do § 2º, segunda parte, do art. 44, ambos do CP.

De acordo, ainda, como o que estabelece a Lei de Execuções Penais, caberá ao Juiz da Execução definir a entidade beneficiária, a forma e as condições de cumprimento da pena.

Todavia, quanto a César Rodrigues do Nascimento e Cléber Picelli, as circunstâncias pessoais desfavoráveis do art. 59 do CP, expostas anteriormente, demonstram elevada intensidade de dolo, maus antecedentes, e posição de liderança na quadrilha que, sabe-se, está longe de ser completamente desbaratada, tornando a subs-

tituição das suas penas privativas de liberdade incompatível com os fins de reparação e prevenção penais. Por essas razões, deixo de aplicar-lhes os benefícios do art. 44 do CP.

Por derradeiro, mantenho a pena de perdimento de bens, em favor da União, até o montante dos depósitos ilicitamente recebidos (R\$ 169.585,31), nos termos da r. sentença, e diante da expressa previsão legal a respeito, introduzida no art. 45 do CP pela Lei nº 9.714/98. Referida sanção é, aliás, compatível com os fins almejados neste processo, que também devem assegurar a eventual reparação do dano causado aos ofendidos, em consequência da prática do crime.

Tudo isso posto, rejeito a preliminar de ofensa ao art. 384 do CPP, julgo prejudicada a preliminar de nulidade da sentença pela inobservância do art. 381 do mesmo diploma legal, e dou parcial provimento às apelações de Paulo Henrique Alves dos Santos, Antônio Carlos Vieira Pereira, César Rodrigues do Nascimento e Cléber Picelli.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.610-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelantes: FRANCISCO PEREIRA DE ARAÚJO E FRANCISCO DE ASSIS DANTAS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. FÁBIO FERREIRA GOIS (APTES.)

EMENTA: ESTELIONATO PRATICADO CONTRA o FGTS. INOCORRÊNCIA DE CRIME CONTINUADO. REDUÇÃO DA PENA. CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PROVIMENTO, EM PARTE, DOS RECURSOS.
- Autoria e materialidade do crime de estelionato provadas por documentos e pelos depoimentos testemunhais.

- Inaplicabilidade do princípio da insignificância, em face do considerável prejuízo ao FGTS.**
- O estelionato é crime instantâneo com efeitos permanentes, consumado em momento certo. Afastamento do aumento da pena previsto no art. 71 do CP.**
- Cabe ao Juízo de Execução deliberar sobre o cumprimento da pena restritiva de direitos, sua substituição ou conversão em prisão.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação dos réus, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 14 de setembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Francisco Pereira de Araújo e Francisco de Assis Dantas, como incurso nas penas do delito tipificado no art. 171, § 3º, c/c o art. 29, do Código Penal, por terem firmado falso acordo de demissão, para que o primeiro pudesse sacar as parcelas referentes ao FGTS e seguro-desemprego, e permanecesse trabalhando na F. A. Dantas & Cia. Ltda., juntamente com outros empregados, que iriam receber de Francisco de Assis Dantas a titularidade da empresa, com a transmissão dos encargos sociais e outras dívidas dela.

A sentença condenou o réu Francisco Pereira de Araújo à pena de 1 (hum) ano, 6 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, fundamentando-se na existência de crime continuado como causa de aumento de pena, convertida em uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, e 100 (cem) dias-multa, sendo o valor do dia-multa fixado em 1/30 (um

trigésimo) do salário-mínimo vigente na data do crime, totalizando R\$ 600,00 (seiscentos reais), e o réu Francisco de Assis Dantas à pena de 1 (hum) ano e 6 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, convertida em uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, e 100 (cem) dias-multa, sendo o valor do dia-multa fixado em 1/15 (um quinze avos) do salário-mínimo vigente na data do crime.

Apela Francisco de Assis Dantas, por não haver a causa de aumento de pena decorrente do crime continuado, pois não participou dos fatos delituosos para recebimento das verbas e não auferiu vantagens com a conduta de Francisco Pereira, e requer a aplicação do princípio da insignificância, em face do prejuízo irrisório sofrido pela CEF.

Recorre Francisco Pereira de Araújo, salientando a inexistência de crime continuado, pois a CEF não sofreu qualquer prejuízo, porque o FGTS faz parte de seu patrimônio, havendo a continuidade dos depósitos na conta vinculada do FGTS de sua titularidade. Requer a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em outra restritiva de direitos, sugerindo como pena substitutiva a entrega de cestas básicas, e a redução da pena de multa, em face da situação financeira precária na qual se encontra.

Contra-razões do Ministério Público Federal, alegando que os réus não negam a ocorrência dos fatos criminosos, apresentando apenas defesas indiretas, e sustenta a inaplicabilidade do princípio da insignificância e da causa de diminuição prevista no art. 155, § 2º, ao qual faz remissão o art. 171, § 1º.

Esclarece, ainda, o MPF, que Francisco de Assis Dantas sujeita-se à regra do concurso de pessoas, esculpida no art. 29 do CP, segundo a qual a responsabilidade penal recai sobre aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime.

Quanto a Francisco Pereira de Araújo, salienta que o fato de ser titular da conta vinculada do FGTS não lhe dá o direito de retirar o numerário fora das hipóteses legais.

A douta Procuradoria Regional da República opina pelo improvimento dos recursos, fundamentando-se, preliminarmente, na procedência do pedido de assistência judiciária gratuita, em rela-

ção ao réu Francisco Pereira de Araújo.

Afirma haver a causa de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal (crime continuado), porque os apelantes, com a dissimulada rescisão do contrato de trabalho, prejudicaram a CEF, quanto ao recebimento do seguro-desemprego e do FGTS, havendo, portanto, dois estelionatos, restando bem demonstradas a unidade de desígnios e a semelhança nas condições de tempo e espaço.

Quanto a Francisco de Assis Dantas, incide o art. 29 do CP, referente ao concurso de pessoas, em face da existência da unidade de desígnios existente nas condutas dos apelantes.

Afasta o princípio da insignificância da hipótese em julgamento, pois o STJ firmou o entendimento de que o “pequeno prejuízo” previsto no CP alcança apenas valor correspondente a um salário-mínimo, e, no presente caso, o prejuízo aos cofres públicos é superior a R\$ 1.000,00 (mil reais).

Assevera a proporcionalidade da multa aplicada aos réus, em virtude da situação econômica dos mesmos, único parâmetro de medida do valor da multa, consoante o art. 60 do CP, não tendo os apelantes provado a impossibilidade de arcar com o valor a que foram condenados.

Ao final, alega a ausência de razoabilidade na substituição da pena restritiva de direitos imposta por outra indicada pelos apelantes (entrega de cestas básicas), por acarretar diminuição do caráter preventivo e repressivo da sentença penal condenatória.

É o relatório.

Pedi revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Estabelece o art. 171, § 3º, do Código Penal:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

(...)

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

No caso em concreto, acham-se presentes os elementos materiais necessários à tipificação do delito no art. 171, § 3º, do CP.

O procedimento administrativo, formulado pela Delegacia Regional do Trabalho do Rio Grande do Norte, a pedido da CEF, em virtude de indícios de fraude detectados pelo sistema do FGTS, descreve que o empregado Francisco Pereira de Araújo foi dispensado, tendo sacado seu FGTS em 20.07.2001, e a empresa, após esse saque, recolheu o FGTS desse empregado nos meses de agosto e setembro/2001. (Fl. 05 do Inquérito Policial)

Em fiscalização no Plantão Especial do FGTS, o auditor-fiscal, Joel Adonias Neto, entrevistou Juarez Ferreira da Silva, auxiliar técnico do escritório de contabilidade “Sândalo Eldípio Barbosa e Silva”. Ele confirmou que os réus haviam “feito um acordo de falsa demissão, visando a proporcionar-lhes o acesso ao saque de FGTS e seguro-desemprego”. (Fl. 36 do Inquérito Policial)

Outros documentos acostados aos autos do Inquérito Policial provam a materialidade do crime de estelionato, como o termo de rescisão de contrato de trabalho, termos de retificação e devolução do FGTS, laudo de exame documentoscópico (grafotécnico) do material questionado – fls. 12, 78-80, 91/94, respectivamente.

Em seu interrogatório policial, o réu Francisco Pereira de Araújo afirmou que:

(...) em 16 de julho de 2001 fez novo acordo com o dono da empresa e foi demitido; que (...) tem a dizer que em momento algum teve a intenção de fraudar o FGTS ou Seguro-Desemprego e não sabia que se tratava de uma irregularidade sacar o FGTS e o seguro desemprego e continuar trabalhando, e se, soubesse que se tratava de algo ilegal, jamais teria feito; que, depois de ter sido demitido, em 16 de julho de 2001, continuou trabalhando na F. A. Dantas,

prestando serviços, mas, não sabia até quando ia continuar essa situação provisória, pois a empresa estava passando por algumas dificuldades, em razão da concorrência e do aumento das despesas da farmácia, razão pela qual resolveu sacar seu FGTS e se garantir sacando também o seguro-desemprego (...) – fls. 41/44 do Inquérito Policial.

No interrogatório judicial, o réu afirmou que não ratificava as declarações prestadas no Inquérito Policial, mas esclarece que aquelas foram prestadas sem coação.

É certo que a confissão, considerada isoladamente, não constitui prova suficiente para a condenação. No entanto, a descrição feita pelo réu no inquérito policial coincide exatamente com as descrições das testemunhas.

Além da prova material produzida no inquérito, os depoimentos de testemunhas corroboram a existência da materialidade e autoria do delito. Destaco trechos para exame desta eg. Turma:

(...) é auditor fiscal do trabalho, esclarecendo que a CEF costuma comunicar à Delegacia Regional do Trabalho supostas fraudes para saque de FGTS, quando verifica que, após a rescisão do contrato de trabalho, os depósitos na conta vinculada ao FGTS do trabalhador permanecem ocorrendo, o que se deu na presente hipótese; requisitados os documentos comprobatórios da rescisão do contrato de trabalho do Sr. Francisco Pereira de Araújo com a empresa F. A. Dantas & Cia. Ltda., bem como as folhas de pagamento de salário dos empregados dos meses posteriores à rescisão, compareceu à DRT o Sr. Juarez Ferreira da Silva, como representante do escritório de contabilidade “Sândalo Elpídio Barbosa e Silva”, apresentando os aludidos documentos e explicando que o empregado Francisco Pereira havia travado um acordo com seu empregador para que fosse formalizada a rescisão do contrato de trabalho, sem que se efetivasse o afastamento das atividades, é dizer, sem solução de continuidade na prestação do serviço, para que o empregado pudesse sacar o saldo de sua conta do FGTS. Esclareceu ainda que o nome do referido empregado continuou a constar na folha de salários dos meses subseqüentes ao da rescisão, em face de o acordo não ter sido comunicado ao escritório de contabi-

lidade, sendo o equívoco percebido apenas no mês de outubro de 2001 pela gerente da empresa, providenciando-se, assim, a retirada do nome do empregado da folha de pagamento nos meses posteriores a setembro (...) (Joel Adonias Dantas Neto, fls. 40/41)

O réu Francisco de Assis Dantas sustenta a ausência de participação no fato delituoso, pois não teria recebido os valores relativos ao FGTS e ao seguro-desemprego nem outras vantagens com a ação de seu ex-empregado, de forma que a ele não pode ser imputado o crime de estelionato.

Não assiste razão ao apelante. Ele forjou a documentação relativa à demissão de Francisco Pereira de Araújo para que este pudesse receber indevidamente o seguro-desemprego e o FGTS, com o fim de obter vantagem indevida, consistente em transferir a titularidade de sua empresa aos ex-empregados, com todos os ônus e débitos que ela possuía, de forma que sua conduta abranje todos os elementos materiais necessários à tipificação do delito no art. 171, § 3º, do CP.

Os apelantes sustentam, ainda, a inexistência do crime em face do pequeno prejuízo sofrido pela CEF, requerendo a aplicação do princípio da insignificância, requerendo a absolvição.

O Princípio da Insignificância foi introduzido no sistema penal por Claus Roxin, para quem o Direito Penal não deveria preocupar-se com bagatelas, incapazes de lesar qualquer bem jurídico.

De acordo com a lição de Paulo José da Costa Júnior, “procura-se tutelar tanto o interesse social da confiança mútua nos relacionamentos patrimoniais individuais, quanto o interesse público em impedir o emprego do engano para induzir quem quer que seja em prestações indevidas, com prejuízo alheio. Protege-se, enfim, o patrimônio, genérica e objetivamente. (...) Sendo o crime cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, a pena será agravada de um terço. A majoração deriva da maior intensidade do dano, por atingir o interesse da coletividade”. (*In Comentários ao Código Penal*, 7ª edição, 2002, págs. 527 e 545).

A quantia percebida fraudulentamente pelo réu Francisco Pereira de Araújo corresponde ao montante de R\$ 1.077,33 (hum mil,

setenta e sete reais e trinta e três centavos), representando prejuízo à CEF. Assim, deve ser afastado o princípio da insignificância, pela ocorrência de grave prejuízo ao sistema de FGTS.

Cumprido salientar que o estelionato, como crime instantâneo de efeitos permanentes, consuma-se em um momento certo, definido, isto é, no instante em que o agente apropria-se dos valores relativos ao FGTS e ao seguro-desemprego, de forma fraudulenta, causando prejuízos a outrem.

O crime continuado, como previsto no art. 71 do CP, é composto de pluralidade de condutas, de eventos, e de momentos consumativos. Há, portanto, duas ou mais ações com resultados em momentos distintos, que, como medida de política criminal, são penalizadas de modo mais brando. Em se tratando do estelionato, a consumação ocorreu devido a uma só ação fraudulenta com prejuízo alheio, tenha ele ocorrido instantaneamente, como no caso do recebimento do FGTS, ou parceladamente, como no caso da percepção do seguro-desemprego.

Houve, portanto, apenas uma ação fraudulenta: a inscrição na CTPS de um falso acordo de demissão a fim de que o empregado, indevidamente, pudesse sacar o seguro-desemprego e o FGTS. A consumação se protraiu no tempo com o recebimento das parcelas referentes ao seguro-desemprego, mas o prejuízo causado à Caixa Econômica Federal, na verdade, foi um só, dividido em várias parcelas, recebidas mensalmente. Este fato fica claro quando se verifica que o agente, para receber as parcelas, não precisava renovar o ato fraudulento, bastando-lhe manter a situação ilícita para receber as parcelas, o que ele, de fato, fez.

Por isso, inaplicável o aumento de pena decorrente do crime continuado.

No que pertine à alegação dos réus para substituição da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade pela entrega de cestas básicas, vale ressaltar a facilidade com que tais penas seriam cumpridas, caso aceita tal medida, retirando o caráter repressivo e de prevenção geral e especial, próprio do Direito Penal.

A pena aplicada aos apelantes deve atender aos critérios de prevenção e reparação do crime praticado. Embora seja a pena

um castigo, descabe o agravamento da pena ou das condições de seu cumprimento a fim de piorar as condições do condenado. No entanto, o fato de a lei conceder ao condenado o direito à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, não lhe garante o direito de escolha das condições e locais de cumprimento da pena restritiva de direitos.

Filio-me ao entendimento majoritário do col. STJ no sentido de que cabe ao Juízo de Execução, tendo em vista as peculiaridades do caso e as condições sócio-econômicas dos apenados, deliberar sobre o cumprimento da pena restritiva de direitos, sua substituição ou conversão em prisão ou substituição, pois o momento processual adequado para a verificação do estado de pobreza e outras condições sociais dos réus é na fase de execução da pena, quando então se pode verificar a situação do apenado entre a data da condenação e a execução efetiva da sentença condenatória.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação dos réus, apenas no tocante à impossibilidade de aplicação do aumento de pena correspondente ao crime continuado, totalizando a pena privativa de liberdade 1 (um) ano de reclusão e 4 (quatro) meses, para o réu Francisco Pereira de Araújo, e 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão para o réu Francisco de Assis Dantas.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.716-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelada: J. S. S.
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO DE ASSIS DIAS MARTINS E OUTRO (APDA.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. I, LEI Nº 8.137/90. SONEGAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCAL. RECEITA FEDERAL. MOVIMENTAÇÃO CONTA BANCÁ-

RIA. NÃO JUSTIFICAÇÃO PELO CONTRIBUINTE. PRESUNÇÃO DE RENDA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE NO CAMPO PENAL. AUSÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

- O crime tipificado no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é material ou de resultado, perfazendo-se pela atuação dolosa do agente, inexistindo previsão de conduta culposa de sua realização.

- Em se tratando de aferição de crime de sonegação fiscal cometido por pessoa física, com base unicamente em movimentação bancária, há que trazer aos autos conjunto probatório a respaldar a condenação do acusado que justifica os extratos de depósitos de aportes financeiros, por conta de atividade comercial por ele desenvolvida, entendendo inexistir renda ou aumento patrimonial.

- A Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que ainda vem respaldando inúmeros entendimentos pretorianos, giza:

“É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos e depósitos bancários.”

- A presunção não pode ser aplicada como meio de prova no campo processual penal, tal qual ocorreu no campo fiscal, ao ser lançado, de ofício, o crédito tributário por não ter logrado o contribuinte comprovar a origem dos depósitos.

- Não apresentou o órgão acusador a comprovação de ter o contribuinte sonegado o imposto de renda devido, tendo-se respaldado tão-somente em relação à movimentação bancária.

- Ausente nos autos o conjunto probatório que respalde a condenação do réu, escorreita a fundamentação contida na sentença pelo reconhecimento de aplicação do brocardo latino do in

dubio pro reo erigido em principio em nosso direito processual penal.

- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 29 de agosto de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Convocado):

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença exarada (fls. 505/527) pelo MM. Juiz Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, no exercício cumulativo da 8ª Vara, que, julgando improcedente a denúncia, absolveu José de Souza Silva, nos termos do art. 386, inc. VI, do CPP, por não vislumbrar provas suficientes a ensejar a sua condenação.

Narrou a denúncia, fls. 03/06, que o acusado deixou de proceder à declaração de imposto de renda à Receita Federal, em 1999, correspondente ao ano-base de 1998, como se fosse isento, tendo sido constatada, todavia, uma movimentação financeira em sua conta corrente nº 02642-8, no valor de R\$ 6.815.304,95 (seis milhões, oitocentos e quinze mil, trezentos e quatro reais e noventa e cinco centavos), conforme informação fornecida pelo Banco Itaú.

Posteriormente, constatou-se o engano das informações por parte da entidade bancária em relação a esse patamar financeiro do contribuinte em questão, verificando-se, posteriormente, o real valor como sendo de R\$ 178.380,65 (cento e setenta e oito mil,

trezentos e oitenta reais e sessenta e cinco centavos), conforme menciona o MPF em suas alegações finais, fl. 468.

Em sendo assim, concluiu a denúncia que estaria o acusado incurso no crime de sonegação fiscal previsto no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, razão por que requereu sua condenação nesta instância recursal.

O Julgador monocrático prolatou a sentença, respaldado em inúmeras jurisprudências de nossos Tribunais, assim como na Súmula 182 do extinto TFR - Tribunal Federal de Recursos, sufragando o entendimento de que a movimentação bancária realizada pelo réu não seria válida, em si mesma, a servir de subsídio probatório da infração do crime de sonegação do Imposto de Renda Pessoa Física, representando, neste caso, mero indício desse crime.

Insurge-se o MPF contra a sentença, conforme apelação, fls. 534/541, pois, no seu entender, o MM. Juiz elaborou em erro, vez que a movimentação bancária constitui, *de per se*, fato gerador de tributo, suficiente à condenação do réu, aduzindo ser esta a questão primordial a ser discutida em sede de apelação.

Contra-razões da defesa de José de Souza Silva, fls. 549/551, pugnaram pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

Parecer às fls. 558/560 do *custos legis* junto a esta Corte, no sentido de dar provimento ao recurso ministerial.

É o relatório.

Ao Exmo. Desembargador Federal Revisor, nos termos do art. 29, inc. IV, do Regimento Interno deste TRF-5ª Região.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O cerne da questão encontra-se em averiguar se a absolvição do réu decretada na sentença, tal qual se deu, calcada na alegada inexistência de provas, assim entendida pelo Julgador monocrático, foi, de fato, insuficiente a justificar a condenação do réu, requerida na denúncia.

Inicialmente, entendo deva-se frisar a questão da materialidade do crime de sonegação fiscal, objeto do recurso ministerial, tipificado no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90, no qual o MPF entendeu subsumida a conduta do acusado, José de Souza Silva. Diz o seguinte o mencionado dispositivo legal:

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - Omitir informações ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O crime de sonegação fiscal, conforme se depreende da leitura do texto legal, é, pois, material ou de resultado e tem como elemento subjetivo o dolo, inexistindo previsão de culpa na conduta delitiva do agente.

Ao contrário das arguições do MPF em seu recurso, entendo que a materialidade delitiva do crime imputado ao réu não se encontra comprovada à saciedade, apta a ensejar a condenação, e, vê-se, ainda, que não se desincumbiu o órgão da acusação da comprovação de ter o réu agido com dolo em sua conduta no que concerne “a suprimir tributo”, “omitindo informações” ou “prestando declarações falsas às autoridades fazendárias”, como dispõe o tipo legal.

A acusação foi embasada primordialmente no Procedimento Administrativo Fiscal nº 1.26.000.001195-32 da Receita Federal, acostado aos presentes autos, fls. 17/120.

Foi juntado aos autos o Auto de Infração relativo à Ação Fiscal, ano-calendário 1998, instaurada esta pela Receita Federal contra o contribuinte José de Souza Silva, fls. 132/145, onde se deu o lançamento definitivo do crédito tributário pelo Fisco, o que poderia representar um dos elementos da materialidade do crime em comento, todavia, como veremos, tal apuração no âmbito da Receita Federal, além de debruçar-se apenas na movimentação bancária do Sr. José de Souza Silva, sendo este contribuinte comerciante-autônomo, utilizou-se da presunção legal na aferição do débito tributário, meio inviável a ser transportado para a seara penal como meio de prova para o cometimento de crime.

Não se pode dizer que foi formado “um conjunto probatório” nos autos demonstrando a provável conduta ilícita, tão-somente pela juntada do Auto de Infração, fls. 126/132, do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, fls. 135/136, ou dos documentos referentes à quebra de sigilo bancário, cujo pedido, constante às fls. 11/16, foi deferido, conforme decisão judicial constante à fl. 61. Por tais documentos, não restou comprovada a infração do crime de sonegação fiscal, tal qual fez menção o MPF na denúncia contra o réu, vez que esteve voltada unicamente na movimentação no ano de 1998 na conta bancária nº 02642-8 e na conta de poupança nº 02642-8/500, Agência 1478, em Petrolina/PE, do Banco Itaú, pertencente a José de Souza Silva.

Os elementos de prova, aptos a formarem o conjunto probatório e que viabilizariam a constatação do crime imputado ao acusado na peça exordial, em todas as suas fases, a saber, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, não foram produzidos, como se vê ao longo de toda a instrução.

Em verdade, sequer foi vencida a primeira etapa – a prova da tipicidade da conduta – vez que não se pode dizer ter agido o Sr. José com dolo, pois inexistente a contraprova nos autos de suas alegações de que os depósitos realizados em sua conta bancária eram referentes “a cheques e valores de terceiros, tendo ainda valores que foram devolvidos”, conforme fl. 456, afirmações estas prestadas ao ser intimado em juízo a falar acerca da documentação juntada aos autos pelo Banco Itaú, fls. 425/440, e, ainda, ao rechaçar o valor sobre o qual recaiu a multa aplicada pela Receita Federal, fl. 449, afirmando que “esta fora aplicada com base na movimentação indicada pelo banco, motivo pelo que também merece ser retificada pela Receita Federal”.

Atente-se para o fato de que o Sr. José de Souza reforçou a tese em sua defesa de possuir atividades comerciais que implicavam em intensa movimentação bancária por ser comerciante, justificando os vários depósitos bancários seus e de terceiros, tanto em seu interrogatório perante o MM. Juiz, fls. 168/169, como também na detalhada peça de defesa, fls. 293/295, que justificam, segundo o acusado, não ter declarado ao Fisco a renda, porque não a obteve, nem a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica.

ca, nos moldes da legislação tributária, art. 43 do Código Tributário Nacional.

A comprovação de auferição de renda a ser tributada ou de ter-se beneficiado pelo aumento de patrimônio caberia à acusação e esta não logrou fazê-lo, pelo que deve ser registrado não ter arrolado nenhuma testemunha, nem requerido qualquer diligência na fase do art. 499 do CPP, conforme fls. 371/372, limitando-se a respaldar a denúncia na atuação do Fisco que possui peculiaridades de elementos de prova e de verificação à parte da atuação como *dominus litis*.

No que toca à falta de prova acerca do cometimento do crime *in casu*, acertada a colocação do MM. Juiz na sentença, fl. 522:

Ora, como os extratos bancários não se prestam a subsidiar o lançamento tributário do imposto de renda, tenho extreme de dúvidas que não há como se entender cabalmente comprovada a prática de sonegação fiscal pelo réu. Gizo, por imperioso, que caberia ao autor ter trazido mais elementos roborando com sua tese, comprovando a existência de rendas e bens do réu não declarados no ano calendário de 1998, o que, à desdúvida, não ocorreu na espécie.

Observe-se, ainda, que o direcionamento da dinâmica processual em relação aos depoimentos prestados na fase judicial dos presentes autos esteve voltado para o *quantum* em dinheiro constante na conta bancária do acusado, a princípio o valor exorbitante informado, visto depois como equivocado, dos mais de seis milhões de reais, sem que houvesse uma preocupação por parte da acusação em ser perquirido o elemento subjetivo da conduta do denunciado, qual seja, o dolo em sonegar o tributo que se pretendeu acoimar de devido por conta da movimentação bancária a qual, por si só, é vista pela grande parte da nossa jurisprudência como mero indício do crime de sonegação fiscal.

Assim é que, pela leitura tanto do interrogatório do Sr. José de Souza, fls. 168/169, quanto do depoimento das testemunhas de defesa, fls. 193, 194, 195 e 196, o foco das atenções esteve voltado para o erro elaborado pelo Banco Itaú no que tange à informação acerca da movimentação financeira alçada em mais de R\$

6.000.000,00 (seis milhões de reais), limitando-se as testemunhas a responder às questões atinentes à conduta do acusado como homem que não vivia com alto padrão de vida.

É que o início das investigações deu-se pelo requerimento do MPF à Justiça Federal de quebra de sigilo bancário, ensejando a instauração do Procedimento Criminal nº 1.26.000.001195/2001-32, por conta das informações prestadas pela Receita Federal à Procuradoria da República em Pernambuco, acerca das CPMF's dos contribuintes no ano de 1998, em que o MPF vislumbrou “*elementos altamente eloqüentes quanto à prática de crimes diversos, notadamente contra a ordem tributária, e de conseqüente lesão ao patrimônio público*”, como ressaltou à fl. 12 do seu requerimento, ao receber a informação de que José de Souza Silva teria movimentado em conta constante no Banco Itaú o valor de R\$ 6.815.304,95 (seis milhões, oitocentos e quinze mil, trezentos e quatro e noventa e cinco centavos), sem, no entanto, ter apresentado à Receita Federal a declaração anual de ajuste do imposto sobre a renda daquele ano-base.

A informação da Receita Federal acerca desse montante, comunicado à fl. 56, foi, posteriormente à denúncia, reconhecida como errônea pelo Banco Itaú ao remeter ao Juízo Federal os extratos das contas no período solicitado em valor extraordinariamente menor, como pode se ver às fls. 64/83.

Na denúncia o MPF entendera que (fl. 04):

Na medida em que o Procedimento Fiscal/Fiscalização verificou a supressão dos créditos tributários detalhados às fls. 137/138 – referente ao exercício de 1999/Ano Calendário de 1998 – através da omissão de Declaração do Imposto de Renda à Receita Federal, bem assim a não comprovação da origem do valor movimentado na aludida conta bancária no período referido, o Sr. José de Souza Silva incorreu na prática do delito insculpido no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

Instaurada a ação fiscal contra José de Souza Silva, no exercício de 1999, ano-calendário 1998, lavrou-se o Auto de Infração, fls. 133/145, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, em que ficou constatada a movimentação bancária no valor de R\$

178.380,65 (cento e setenta e oito mil, trezentos e oitenta reais e sessenta e cinco centavos), em valores depositados na conta corrente nº 02642-8/500 do Banco Itaú do referido contribuinte, sem que tivesse sido considerada comprovada a origem dos recursos, foi lançado de ofício o crédito tributário no valor de R\$ 93.136,77 (noventa e três mil, cento e trinta e seis reais e setenta e sete centavos).

Considerável parte da jurisprudência inclina-se em não verificar a ocorrência de crime contra a ordem tributária o simples fato de serem constatados depósitos em conta bancária de pessoa física, sem a concatenação de outros fatos que levem à conduta dolosa na conduta do contribuinte.

Trago à colação voto proferido no TRF da 4ª Região, em que restaram patentes elementos de provas que vieram corroborar a ocorrência de crime de omissão de declaração de rendas, juntamente com “a intensa movimentação da conta bancária do réu”.

Ementa: PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOCUMENTOS PESSOAIS FALSOS. ORDEM TRIBUTÁRIA. OMITIR DECLARAÇÕES SOBRE RENDAS. CRIME-MEIO. ABSORÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA.

1 - Pelos elementos constantes dos autos restou comprovado que o réu providenciou a confecção de carteira de identidade e CIC com nome falso para sua companhia, bem como que ele usou esses documentos para adquirir imóveis.

2 - O crime de omissão de declaração sobre rendas ficou comprovado pelos negócios que o réu realizou, quais sejam, a compra de alguns imóveis à vista, sem que houvesse qualquer declaração à Receita Federal sobre o fato, assim como pela intensa movimentação da conta bancária do réu.

3 - A falsificação dos documentos pessoais não pode ser considerada como crime-meio para a sonegação fiscal, uma vez que com a falsificação os réus conseguiram um disfarce seguro contra as investigações policiais, como também a lavagem de dinheiro, conforme afirmou o réu em seu interrogatório.

4 - A pena imposta foi bem dosada pelo julgador singular, que levou em consideração as circunstâncias judiciais, bem

como a existência de atenuante e agravante, sendo que o valor da pena de multa foi dosado conforme a situação financeira do réu, uma vez que em curto espaço de tempo adquiriu um patrimônio imobiliário de valor aproximado a meio milhão de dólares, além de ter em depósito, no seu apartamento, uma grande quantidade da moeda americana. (Grifo nosso).

(TRF - 4ª R. ACR - 9704021933/RS. 2ª T. Decisão unânime em 10/12/1997. DJ 01/04/1998, pág. 228. Relator: Jardim de Camargo)

Decisão do STJ vem confirmar, em relação aos presentes autos, *mutatis mutandis*, a falta de elementos de provas em relação ao crime de sonegação fiscal, quando remetido unicamente à movimentação bancária, representando a informação de extratos de depósitos financeiros por parte da entidade bancária, em face da quebra de sigilo, apenas mero indício de crime:

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME TRIBUTÁRIO. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.

1. O trancamento de inquérito policial pela via estreita do *habeas corpus* é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inexistência de autoria por parte do indiciado ou a atipicidade da conduta.

2. O ora paciente, incluído na categoria de isento da apresentação da Declaração de Rendimento anual, exercendo atividade de auxiliar de escritório com remuneração mensal declarada de R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais), teve uma movimentação bancária na ordem de R\$ 1.673.992,42 (um milhão, seiscentos e setenta e três mil, novecentos e noventa e dois reais e quarenta e dois centavos), conforme se verificou com a quebra do sigilo bancário do ora paciente, determinado pela Justiça Federal. Evidência de **indícios de materialidade e de autoria do delito investigado**.

3. A conclusão do procedimento administrativo-fiscal não é condição de procedibilidade para a instauração de in-

quérito policial visando à apuração de delito contra a ordem tributária, em face da independência das esferas administrativa e penal.

4. Inexiste constrangimento ilegal quando a decisão judicial que decreta a quebra do sigilo bancário e fiscal se revela devidamente fundamentada, como na hipótese dos autos.

5. O direito ao sigilo das informações bancárias e fiscais, eminentemente de caráter individual, não pode ser absoluto, a ponto de obstaculizar a legítima ação do Estado no sentido de, no interesse coletivo, zelar pela legalidade; ao revés, é sempre mitigado quando contraposto ao interesse maior da sociedade, e restarem devidamente evidenciadas circunstâncias que justifiquem a medida, como ocorre *in casu*.

6. O argüido descumprimento de liminar concedida em sede mandamental e a reclamada ilegalidade e inconstitucionalidade do arbitramento de imposto de renda com base em movimentação bancária são questões estranhas aos autos, que sequer foram tratadas perante a Corte *a quo*. Não configurada hipótese de concessão de *habeas corpus* de ofício, não deve este Superior Tribunal de Justiça pronunciar-se, sob pena de indevida supressão de instância.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem.

Agravo Regimental prejudicado. (Grifei).

(STJ - HC - 28005/ES (200300602931) 5ª T. Decisão unânime em 17/06/2004. DJ 02/08/2004, pág. 439. Relator(a) Laurita Vaz)

A sentença exarada apontou para a inexistência de provas aptas à condenação e reconheceu ser o caso da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. De fato, é o que se pode verificar. O Magistrado, de forma escorreita, assim embasou seu entendimento, à fl. 519 de seu *decisum*:

É certo, porém, apesar do valor nominal inferior, que uma renda não declarada de R\$ 178.380, 65 seria também apta a ensejar a inflicção de pena por crime contra a ordem tributária, dado que tal patamar de renda, como consabido, não se insere nos limites da isenção.

Ocorre que a mera movimentação bancária não representa, de per se, o fato gerador do imposto em tela, a saber,

a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, nos moldes do estatuído na legislação tributária – art. 43 do Código Tributário Nacional – dessaarte, não se prestando como único elemento a subsidiar a constituição do crédito tributário relativo.

Observe-se que, mesmo no campo fiscal, a movimentação bancária deve ser vista com cautela, verificando-se não respaldar, em si mesma, sinal exterior de riqueza, a exemplo de julgamento proferido no TRF da 4ª Região:

Ementa: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. LANÇAMENTO *EX OFFICIO*. MOVIMENTAÇÃO DE CONTA BANCÁRIA. DEL-2471/88, ART-9, INC-7, SUM-182, TFR.

Embora o Fisco possa efetuar lançamento de ofício do Imposto de Renda, presumindo o rendimento por meio de sinais exteriores de riqueza, não pode arbitrar a renda exclusivamente com base na movimentação bancária do contribuinte.

(TRF - 4ª R. AC - 9504446442/RS. 1ª T. Decisão unânime em 06/08/1996. DJ Data:28/08/1996, pág. 62447, Relator(a) Vladimir Freitas)

A Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que ainda vem respaldando inúmeros entendimentos pretorianos, giza:

É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos e depósitos bancários.

Logo, nem mesmo o Fisco pode proceder ao lançamento do Imposto de Renda arbitrando a renda de forma exclusiva com base na movimentação bancária do contribuinte, como se este fato constituiu-se, por si mesmo, aumento de patrimônio.

A ocorrência da presunção, se ocorrer perante o Procedimento Fiscal, somente alcança a atuação do Fisco, e, mesmo assim, quando o contribuinte, devidamente intimado em que lhe são conferidas as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, não justifique a origem do patrimônio, ou se negue a fazê-lo.

No que tange à seara penal, entretanto, quando os depósitos bancários forem as únicas fontes de provas ao lançamento do Imposto de Renda, pessoa física, não há como entender configu-

rada a tipificação do crime de sonegação fiscal por presunção, ante a postura do moderno direito processual penal de caráter garantista.

Registre-se que, quando do procedimento fiscal, fls. 498/503, o contribuinte teve rechaçada sua defesa em razão de encontrar-se “intempestiva”, tendo sido naquela ocasião peticionado e juntados documentos no tocante aos extratos bancários em questão. Tal aspecto no âmbito penal, onde se busca a verdade real e não a material como no campo civil, sobreleva ainda mais a ausência de provas nos presentes autos a ensejar a condenação requerida pelo órgão ministerial, quando caberia, pelo menos no juízo criminal, apesar de apresentadas a destempo, o conhecimento de tais provas de defesa.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.739-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: TRAJANO RAMALHO FILHO E STELO OLÍMPIO BARATA DE QUEIROGA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. GENIVAL VELOSO DE FRANCA FILHO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL REJEITADA À MÍNGUA DE SUPORTE FÁTICO OU PERTINÊNCIA COM O RITO PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CONSÓRCIO IMOBILIÁRIO CLANDESTINO. NEGÓCIO JURÍDICO COM NOMENCLATURA DIVERSA. ATIVIDADE TÍPICA DE CONSÓRCIO. INOBSERVÂNCIAS DAS NORMAS ATINENTES À ATIVIDADE EXERCIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INEXISTÊNCIA DE CONTINUIDADE DELITIVA. REDU-

ÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.

- *Não há obrigatoriedade do Ministério Público propor a suspensão condicional do processo, devendo o órgão acusador analisar se estão presentes os critérios legais para tal.*
- *Respeitado o contraditório durante a instrução processual, não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa, mesmo que haja provas colhidas na esfera administrativa as quais os réus reputeem nulas.*
- *A consagrada independência das esferas cível e penal afasta, de plano, a alegada ausência de condição de procedibilidade por haver processo na esfera cível a depender de deslinde.*
- *Inépcia da denúncia que se confunde com o próprio mérito da causa, devendo ser analisada ao final.*
- *Ausência de nulidade em indeferimento pelo juiz, de forma devidamente fundamentada, em realizar diligência requerida pela defesa.*
- *Nulidades afastadas.*
- *Mesmo levando-se em consideração as diferenças jurídicas entre uma empresa de consórcios e uma sociedade em conta de participação, todo o agir fático da empresa dos réus era característico de consórcio, não conseguindo a defesa colacionar aos autos prova em contrário.*
- *Inexistência de erro de proibição, em vista da possibilidade dos agentes terem consciência da ilicitude dos fatos.*
- *A multa aplicada em sede administrativa não vincula o juízo penal.*
- *Inexistência de continuidade delitiva, já que o tipo em que condenados dispõe sobre ação única.*
- *Apelação parcialmente provida para reduzir a pena.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO MANDARINO (Convocado):

Cuidam os autos de recurso de apelação interposto por Trajano Ramalho Filho e Stelo Olímpio Barata de Queiroga, irresignados com a sentença da lavra do Dr. João Bosco Medeiros de Sousa, MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que, ao entendimento de restarem provadas a materialidade e autoria de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, condenou-os a um ano e dois meses de reclusão e multa, substituindo, ao final, a pena de reclusão por penas restritivas de direitos.

Em suas razões recursais, sustentam os apelantes que houve causas de nulidade, quais sejam:

1. ausência de proposta de suspensão condicional do processo;
2. condenação em tipo que não prevê sanção e diverso do constante da denúncia;
3. cerceamento de defesa e uso de prova emprestada nula, já que o processo judicial teria sido instruído com procedimento administrativo eivado de nulidade;
4. ausência de condição de procedibilidade, visto que há processo judicial civil onde se questiona a natureza da atividade da empresa, o que atingiria o próprio núcleo da ação penal;
5. inépcia da denúncia, por narrar fatos dissociados da realidade do funcionamento da empresa, e

6. Cerceamento de defesa por haver indeferimento da realização de perícia.

No mérito, sustentam que o fato narrado na denúncia é atípico, posto que a atividade desenvolvida pela empresa autuada é juridicamente diferente da apontada na inicial acusatória, não necessitando de autorização do Banco Central para ser realizada. Afirmam que há provas testemunhais demonstrando a diferença entre a atuação de fato da empresa e a atuação apontada pelo Ministério Público.

Em pedido alternativo, afirmam possuir nota técnica oriunda do Ministério da Justiça a refletir esse mesmo entendimento, o que configuraria, no caso, no máximo, erro de proibição.

Por fim, afirmam que a multa aplicada pela fiscalização do Banco Central está dissociada do tipo apontado na denúncia, o que denotaria que nem o Banco Central tratou a empresa dos apelantes como instituição financeira, contradizendo o tratamento esposado na denúncia. Assim, requerem o provimento do recurso, reformando-se a sentença condenatória.

Com contra-razões pela confirmação da sentença, vieram os autos.

Em Parecer da lavra do Dr. Rogério Tadeu Romano, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento em parte do recurso, afastando-se a condenação pelo crime continuado.

É o relatório.

À revisão regimental.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Consta dos autos que o Banco Central do Brasil, realizando fiscalização na empresa Cobrás Habitacional - Participação e Serviços S/C Ltda., que atuava com a denominação de “CREDICASA”, constatou que a referida empresa realizava atividades próprias de administradora de consórcios, sem que tivesse autorização para tanto. Tal fato gerou denúncia por crime contra o Sistema

Financeiro Nacional, ilícito em que condenados os seus administradores.

As questões preliminares, onde se afirma haver causas de nulidade processual, não se sustentam.

Não há obrigatoriedade do Ministério Público propor a suspensão condicional do processo. É que a Lei nº 9.099/90 afirma, textualmente, que poderá, e não que deverá o Ministério Público propor a suspensão e, mesmo assim, é preciso que se observe se estão presentes os requisitos para tal, quais sejam: que o acusado não esteja sendo processado ou que não tenha sido condenado por outro crime; que não seja reincidente em crime doloso; que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício, e que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal.

Logo, a alegada nulidade por ausência da proposta, apenas por ser a pena mínima do ilícito em que denunciados os apelantes igual a um ano, deve ser afastada.

Outro aspecto abordado como causa de nulidade, diz respeito a uma suposta condenação em tipo não descrito na denúncia e que seria norma em branco, não havendo previsão de sanção, já que denunciados pelo ilícito do artigo 16 da Lei nº 7.492/86 e condenados pelo ilícito do artigo 1º da mesma lei.

A Lei nº 7.492/86 trata de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Em seu artigo 1º, define o que vem a ser instituição financeira e no artigo 16 descreve uma conduta e fixa uma pena.

A sentença abordou a conduta dos apelantes à luz do dispositivo invocado na denúncia, tanto que em dado momento assim dispôs: “***Ou seja, os RR., em igualdade de condições, cometeram delito claramente tipificado pela Lei nº 7.492/86, art. 16***” (fl. 459), não havendo que se apegar à menção a outro dispositivo da mesma lei para se concluir que houve condenação em norma penal em branco, até porque o quantitativo da pena é exatamente o quantitativo definido no tipo em que denunciados.

No que se refere a condenação baseada em prova emprestada, e ainda por cima nula, tal fato não ocorreu. A prova a que se

referem os apelantes é o procedimento administrativo do Banco Central que concluiu pela clandestinidade do consórcio operado pelos apelantes, e a nulidade do referido procedimento consistiria na inobservância a normas procedimentais emanadas do Conselho Monetário Nacional.

A toda vista, também essa preliminar deve ser rejeitada, posto que a instrução criminal seguiu seu curso regular. Nela, os réus tiveram oportunidade de produzir provas que, em tese, não tiveram oportunidade de produzir na esfera administrativa, não havendo que se falar em nulidade, já que a condenação não foi baseada exclusivamente no procedimento administrativo referido.

Nesse mesmo diapasão, não há cerceamento de defesa quando o juiz, de maneira fundamentada, indefere a produção de provas, posto que é faculdade do juiz deferi-las ou não, para uma condução adequada do rito processual.

Independentes as esferas cível e penal, não há que se falar em nulidade de condenação na esfera penal por uma hipotética vinculação a deslinde na esfera cível, visto que os fatos, à luz da ritualística própria de cada esfera, podem conduzir a resultados opostos.

Quanto à inépcia da denúncia por narrar fatos inverídicos, já que não guardariam correspondência com a realidade da empresa, tenho que essa preliminar se confunde com o próprio mérito da causa, que analiso adiante.

Em que pese a argumentação dos apelantes, no sentido de que a CREDICASA não era um consórcio, mas uma sociedade em conta de participação, todo o proceder fático da empresa era em sentido oposto.

As testemunhas, tanto da acusação quanto da defesa, nararam fatos típicos de consórcio, tanto que uma delas perguntou diretamente a um corretor se aquele negócio jurídico não era na verdade um consórcio (fl. 474).

Apesar de haver testemunho no sentido de que a CREDICASA não atuava como um consórcio, a própria testemunha afirma não saber qual a diferença entre consórcio e sociedade por conta de participação (fl. 475).

As provas testemunhais produzidas pela defesa, em sua maioria, são de pessoas comuns do povo que, sem saber precisar a real atividade jurídica da CREDICASA, acreditaram na informação de vendedores, embora desconfiassem da denominação jurídica então apontada. No entanto, o órgão técnico responsável pela análise da natureza jurídica da empresa definiu precisamente do que se tratava, além do senso comum indicar que se tratava realmente de consórcio.

Uma sociedade em conta de participação que não desenvolve nenhuma atividade empresarial, portanto, sem que os sócios tivessem participação nos resultados da empresa, é uma sociedade fictícia, como no caso, já que a ocupação da mesma era realmente a de consórcio e, por não haver permissão do órgão oficial responsável, era um consórcio clandestino, não restando dúvidas quanto à incursão dos agentes nas penas do artigo 16 da Lei nº 7.492/86.

Há, no entanto, uma reforma a fazer na sentença condenatória. É que o tipo em que incursos os réus tem como núcleo da ação “fazer operar”, sem autorização, instituição financeira, fato que é único, não se podendo aplicar a continuidade delitiva, pois fazer operar a instituição financeira pressupõe diversas ações, de mesma natureza ou não, que compõem a atividade empresarial.

Por essas razões, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento à apelação apenas para afastar da condenação o acréscimo pela continuidade delitiva.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.534-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
(CONVOCADO)
Apelantes: AÇO CEARENSE INDUSTRIAL LTDA. E OUTRO
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO CÉZAR ALVES FERREIRA E OUTROS (APTES.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MODIFICAÇÃO DO PEDIDO. ART. 264 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE RECEITAS TRANSFERIDAS A OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98, NORMA CUJA EFICÁCIA DEPENDIA DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.991-18/2000. ATO DECLARATÓRIO SRF Nº 56/2000. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

- É vedada a alteração da causa de pedir e do pedido, depois de prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora, vez que formada a relação processual, estabilizado o pedido e fixados os pontos controversos da demanda, que delimitarão o provimento jurisdicional. Não conhecidas as modificações à petição inicial.

- O disposto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, previa a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS “dos valores que, computados como receita, tenham [tivessem] sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas as normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo”. Dita norma, entretanto, não logrou eficácia, porque a regulamentação, de que dependia, nunca veio a ser editada.

- Com a vigência da Medida Provisória nº 1.991-18, de 9-6-2000, revogou-se a norma acima referida, retirando-a, definitivamente, do ordenamento jurídico, antes mesmo de obter eficácia plena.

- O Ato Declaratório nº 56/2000, editado pela SRF, não incorreu em ilegalidade; apenas limitou-se a estabelecer que, por não ter sido regulamentado o artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, durante a sua vigência, não seria admissível, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/COFINS, a eventual exclusão dos valores que, computados como receita, houvessem sido transferidos para terceiros.

- Ilegítima a exclusão efetivada pela própria Impetrante, de receitas transferidas a terceiros, da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do artigo 3º, § 2º, inciso III, da Lei n.º 9.718/98, por não ser tratar de norma auto-aplicável, e por não ter o referido dispositivo, devido à ausência de regulamentação, logrado eficácia no mundo jurídico.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 27 de julho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Convocado):

Mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por Aço Cearense Industrial Ltda. e Aço Cearense Comercial Ltda., no qual postulam a abstenção da autoridade impetrada em exigir o recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), com alíquota no percentual de 3% (três por cento), sobre as receitas brutas auferidas, para que sejam descontados da base de cálculo da exação os valores transferidos a outras pessoas jurídicas, consoante prevê o art. 3º, § 2º, II, da Lei nº 9.718/98, durante o período de fevereiro/1999 até setembro/2000, para que, ao final, seja deferido o direito de compensação das verbas indevidamente recolhidas, com a aplicação dos consectários legais.

Em decisão de fls. 40/43, o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de liminar, sob o fundamento de que é dever do Fisco zelar pela legalidade da compensação efetivada pelas impetrantes e que a exclusão da base de cálculo prevista no art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, apesar de revogada pelo art. 47, IV, *b*, da Medida Provisória nº 1.991-18/2000, carecia de regulamentação pelo Poder Executivo.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 53/59, aduzindo que o disposto no art. 3º, § 2º, II, da Lei nº 9.718/98, não era auto-aplicável, vez que se subordinava a posterior regulamentação pelo Poder Executivo. Disse, também, que ao Judiciário é vedado suprir a lacuna apontada pela legislação. Aduziu, ainda, que não houve vício de inconstitucionalidade quando da revogação do referido preceito legal por meio do art. 47, IV, *b*, da Medida Provisória nº 1.991-18/2000 e pelo Ato Declaratório nº 056/2000 da SRF.

Em petição de fls. 64/69, a impetrante Aço Cearense Comercial Ltda. pugnou pela modificação da causa de pedir e do pedido, nos termos do art. 264 e parágrafo único do CPC. Em suas razões, suscitou que, conforme o art. 150, § 6º, da CF/88, somente a lei poderia fixar a redução da base de cálculo, o que foi feito pelo art. 3º, § 2º, II, da Lei nº 9.718/98, competindo ao Poder Executivo,

apenas, estabelecer os critérios de fiscalização para saber se somente as receitas transferidas a outras pessoas jurídicas estavam sendo abatidas das bases de cálculo da COFINS. Por fim, alterou o pedido veiculado na petição inicial, para que a impetrada se abstenha de praticar qualquer ato sancionador, em face da exclusão da base de cálculo da COFINS das receitas destinadas a terceiros.

A impetrante Aço Cearense Industrial Ltda., às fls. 70/78, também requereu a alteração da causa de pedir e do pedido, nos termos do art. 264 e parágrafo único do CPC. Em síntese, aduziu que a ausência de regulamentação não impede a produção de efeitos da legislação tributária, devendo ser reconhecida a vigência do art. 3º, § 2º, II, da Lei nº 9.718/98. Finalmente, modificou o pedido contido na petição inicial, nos termos acima delineados.

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 82/87, opinando pela sua não intervenção no feito, vez que ausente o interesse público.

A autoridade impetrada prestou novas informações às fls. 91/92, manifestando-se acerca das petições da impetrante. Asseverou que o rito do mandado de segurança não permite a alteração do pedido contido na petição inicial. No mais, renovou os termos da contestação.

O douto Magistrado rejeitou as inovações à causa de pedir e ao pedido, em razão de ter ocorrido depois da notificação e da prestação de informação pela impetrada. No mérito, julgou improcedente o pedido, denegando a segurança, sob o entendimento de que o art. 3º, § 2º, II, da Lei nº 9.718/98, não era norma auto-aplicável, dependendo de regulamentação a ser implementada pelo Poder Executivo.

A impetrante apelou, argüindo a aplicabilidade do art. 264 do CPC, para que sejam apreciadas as alterações na causa de pedir e no pedido, contidas nas petições de fls. 64/69 e 70/78. No mais, reiterou os termos da peça preambular.

Contra-razões às fls. 141/174. É o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator Convocado):

Inicialmente, passo à análise do pleito de conhecimento das alterações na causa de pedir e pedido da petição inicial, nos termos do art. 264 do CPC.

Durante a tramitação do processo, especialmente depois de prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora, em se tratando de mandado de segurança, a causa de pedir e o pedido não mais podem ser alterados, posto que já formada a relação processual, estabilizado o pedido da petição inicial e fixados os pontos controvertidos da demanda, os quais delimitarão o provimento jurisdicional.

Corroborando o entendimento ora esposado, transcrevo o seguinte aresto:

MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 831/95. LEI EM TESE. SÚMULA 266 DO STF. ADITAMENTO À INICIAL NO CURSO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE.

- Conforme entendimento cristalizado na jurisprudência, não cabe mandado de segurança contra lei em tese (Súmula nº 266/STF).

- **Com a inicial e as informações são fixados os pontos controvertidos do processo, de modo que é vedada a alteração do pedido ou dos seus fundamentos.**

- Precedentes.

- Mandado de segurança não conhecido.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, MS - 199500433125 / DF, Terceira Seção, Decisão: 10/06/1998, DJ Data: 17/08/1998, página: 14, Relator Felix Fischer). Destaquei.

Portanto, não conheço das alterações à petição inicial contidas nas petições de fls. 64/69 e 70/78.

Passo ao exame do mérito.

A Lei nº 9.718, de 1998, modificou a base de cálculo do PIS e da COFINS.

A referida norma, originariamente, continha o seguinte teor, *verbis*:

Art 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo curso de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo.

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

A despeito da ressalva expressa no dispositivo, através da qual o legislador indicou a necessidade de sua regulamentação, entenderam os impetrantes ser auto-aplicável o disposto no artigo 3º, § 2º, inciso III, adrede transcrito.

O referido artigo, ao prever que *“os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica (...)”*, carecia, a meu ver, de regulamentação pelo Poder Executivo, a partir da qual seriam traçadas as diretrizes e condições para sua efetiva aplicação. Porém, o Poder Executivo, competente para expedir o regulamento, quedou-se silente, impossibilitando a aplicação da citada norma.

É oportuno anotar, a propósito da norma revogada – e não

regulamentada –, que a isenção foi por ela conferida em termos por demais amplos (permitia-se a exclusão, da base de cálculo do PIS e Cofins, de quaisquer receitas transferidas a outra pessoa jurídica), o que não se compadecia com a própria natureza do benefício isencional, cuja leitura recomenda uma interpretação sempre restritiva.

Assim, não poderia o contribuinte conferir à norma (não regulamentada) interpretação particular, excluindo da base de cálculo do PIS/COFINS, indiscriminadamente, os valores relativos aos pagamentos a terceiros. Frise-se que, no Direito Brasileiro, o poder de regulamentar se destina a explicitar o teor das leis, dentro dos limites por elas traçados, não podendo o direito ser exercido sem que o regulamento tenha sido expedido, quando de norma não auto-aplicável se cuidar.

Registre-se que, em 9-6-2000, entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.991-18, que revogou o disposto no inciso III, do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, antes mesmo de o dispositivo guereado ter obtido eficácia plena. Editou-se, então, o Ato Declaratório SRF nº 56, de 20 de julho de 2000, *verbis*:

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e considerando ser a regulamentação, pelo Poder Executivo, do disposto no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, condição resolutória para sua eficácia;

Considerando que o referido dispositivo legal foi revogado pela alínea *b* do inciso IV do art. 47 da Medida Provisória nº 1.991-18, de 9 de junho de 2000;

Considerando, finalmente, que durante sua vigência, o aludido dispositivo legal não foi regulamentado, Declara: não produz eficácia, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS, no período de 1º de fevereiro de 1999 a 9 de junho de 2000, eventual exclusão da receita bruta que tenha sido feita a título de valores que, computados como receita, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica. (Sem grifos no original).

Ao revés do que afirmaram os impetrantes, o Ato Declaratório nº 56/2000, expedido pela Secretaria da Receita Federal, não incorreu em ilegalidade nem conferiu efeitos retroativos aos disposi-

tivos da MP nº 1.991-18/2000. Em verdade, o referido ato apenas explicitou a revogação do citado dispositivo legal (o artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98), assim como a sua absoluta ineficácia, limitando-se a estabelecer orientação no sentido de que, por não ter sido a referida norma regulamentada durante a sua vigência, não seria admissível, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS, a eventual exclusão das receitas transferidas para outra pessoa jurídica.

Realço, outrossim, que não se sustenta a argumentação de que a revogação do citado dispositivo pela medida provisória é inconstitucional, haja vista que foi revogado um dispositivo legal que só existia em tese, e que jamais poderia ser aplicado, mercê da ausência de regulamentação.

Destarte, não possuindo eficácia o disposto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, este não gerou quaisquer direitos aos que dele pretenderam se beneficiar, não tendo a impetrante, portanto, direito a qualquer exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Outro não é, por sinal, o entendimento sufragado no col. Superior Tribunal de Justiça, consoante demonstram os arestos a seguir reproduzidos:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA SOBRE RECEITAS TRANSFERIDAS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, INCISO III, DA LEI N. 9.718/98. REVOGAÇÃO.

1. A Lei nº 9.718/98 previu, em seu art. 3º, § 2º, inciso III, que a exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins das receitas transferidas a outras pessoas jurídicas estava condicionada à edição de normas regulamentadoras do Poder Executivo. Entretanto, malgrado esse mandamento estivesse em plena vigência, não possuía eficácia porquanto não havia sido editado o respectivo decreto regulamentador. Posteriormente, aliás, a mencionada regra veio a ser revogada pela Medida Provisória nº 1.991-18/2000.

2. Não se excluem da base de cálculo do PIS e da Cofins os valores que, computados como receitas, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica.

3. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp nº 670223/SC, Segunda Turma, julg. em 19-4-2005, *DJ* de 1º-8-2005, p. 407, Rel. Min. João Otávio de Noronha). (Destaquei).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. LEI Nº 9.718/98, ARTIGO 3º, § 2º, INCISO III. REGULAMENTAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO. SÚMULA 83/STJ.

1. O inciso III do § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 não chegou a ter aplicabilidade, mesmo antes de sua revogação pela Medida Provisória nº 2.158-35/01, em face da ausência de regulamentação pelo Executivo.

2. “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ).

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGA nº 669328/PR, Segunda Turma, julg. em 17-5-2005, *DJ* de 1º-8-2005, p. 406, Rel. Min. Castro Meira). (Grifei).

TRIBUTÁRIO. PIS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITOS DE RECEITA BRUTA E DE FATURAMENTO (LEI 9.718/98). MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULA 68/STJ. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI 9.718/98. NORMA CUJA EFICÁCIA DEPENDIA DE EDIÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A questão relativa à alteração da alíquota e da base de cálculo do PIS e da COFINS, implementada pela Lei 9.718/98, incluindo-se a discussão acerca dos conceitos de receita bruta e faturamento (reavivada com o advento da EC 20/98), é matéria de índole eminentemente constitucional, sendo vedada sua apreciação em recurso especial.

2. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS, conforme a Súmula 68/STJ.

3. A 1ª Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98, jamais teve eficácia, por se tratar de norma cuja aplicação dependia de regulamentação pelo Poder Executivo, a qual não se editou, todavia, até sua revogação pela MP 1.991/00.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGA nº 661924/PR, Primeira Turma, julg. em 2-6-2005, *DJ* de 20-6-2005, p. 150, Rel. Min. Teori Albino Zavascki). (Sem grifos no original).

Nada obstante a pleora de acórdãos (reproduzida ao só intuito de positivar a mansuetude e pacificidade das construções preterianas sobre o tema), insisto em que a tese aqui defendida traz, inclusive, o entendimento da egrégia Primeira Turma desta Corte Regional; confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ARTIGO 3º, PARÁGRAFO 2º, INCISO III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1991-18/2000. LEGITIMIDADE.

- Trata a hipótese de questão relativa à auto-aplicabilidade do art. 3º, parágrafo 2º, III, da Lei nº 9.718/98, que dispôs sobre a exclusão das receitas transferidas a outras pessoas jurídicas na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a legitimidade da utilização de medida provisória na revogação de tal preceito.

- Nos termos do art. 62, *caput*, da Constituição Federal, a medida provisória tem força de lei ordinária, podendo, em consequência, revogar dispositivo de lei que estabelece isenção tributária. Assim, no caso, é perfeitamente legítima a revogação do benefício fiscal em comento, operada pela Medida Provisória nº 1991-18/2000.

- É irrelevante a discussão acerca da legalidade do Ato Declaratório SRF nº 56/2000, que negou eficácia ao art. 3º, parágrafo 2º, III, da Lei nº 9.718/98, visto que o dispositivo que concedeu o referido benefício fiscal, sequer era auto-aplicável, perdeu toda e qualquer possibilidade de aplicabilidade antes de produzir efeitos práticos, revogado que foi pela MP 1991-18/2000.

- Precedentes do STJ e STF.

- Agravo de instrumento provido. Prejudicado agravo regimental.

(AG nº 50049/CE, Segunda Turma, julg. em 6-4-2004, DJ de 25-5-2004, p. 677, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti).

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. LEI 9.718/98, 3º, PARÁGRAFO 2º, INC III. NORMA PENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. PERDA DE EFICÁCIA.

1. O disposto no inciso III do parágrafo 2º do art. 3º da Lei 9.718/98, que previa a exclusão de crédito tributário, não logrou eficácia, pois dependia de normas regulamentares expedidas pelo Executivo.

2. Dispositivo revogado pela Medida Provisória 1991-18/2000.

3. Agravo regimental improvido.

(AGA nº 50950/CE, Terceira Turma, julg. em 6-10-2003, DJ de 30-10-2003, p. 468, Rel. Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho - Convocado). (Grifei).

Assim, tenho como ilegítima a exclusão efetivada pela própria impetrante, de receitas transferidas a terceiros, da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do artigo 3º, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.718/98, por não ter o referido dispositivo, devido à ausência de regulamentação, logrado eficácia no mundo jurídico.

À vista das considerações expendidas, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.632-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA

Apelante: FAZENDA NACIONAL

Apelada: MENINA PRODUTOS ALIMENTÍCIOS S/A

Advs./Procs.: DRS. ÉRIKA GADELHA MUNIZ E OUTROS (APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECEITAS PROVENIENTES DE VENDAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. PIS. COFINS. ISENÇÃO.

- O Decreto-Lei nº 288/67, a Lei nº 7.714/88, a LC nº 70/91 e a LC nº 85/96 garantiram que as vendas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus estavam isentas do recolhimento do PIS e da COFINS, tendo em vista que tais operações eram equiparadas à exportação, princípio recepcionado pelo art. 40 do ADCT/88.

- Portanto, a isenção do PIS e da COFINS sobre as receitas decorrentes de exportação é aplicável também às receitas decorrentes de venda de

mercadorias para a Zona Franca de Manaus.

- Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

- O referido art. 74 passou a expor: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.

- Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”.

- Na hipótese dos autos, observo que o pedido de compensação foi efetuado após a vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002. Dessarte, não há óbice à compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS e COFINS com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

- Precedentes do STJ.

- Apelação e remessa obrigatória não providas.

ACÓRDÃO

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa obrigatória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 17 de agosto de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação e remessa obrigatória de sentença parcialmente concessiva da segurança impetrada por Menina Produtos Alimentícios S/A contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Fortaleza(CE), com o fito de que aquela autoridade coatora se abstenha de proceder à cobrança das contribuições sociais ao PIS e à COFINS incidentes sobre receitas provenientes de vendas efetuadas a empresas sediadas na área denominada Zona Franca de Manaus, cobradas pela autoridade impetrada, a seu ver, com afronta aos artigos 40 do ADCT/88 e 4º do Decreto-Lei nº 288/67.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido (fls. 200/210), para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento do PIS e da COFINS sobre as receitas oriundas da venda de produtos para a Zona Franca de Manaus, efetuadas pela impetrante.

Reconheceu o nobre julgador, outrossim, o direito à compensação dos créditos próprios da impetrante, provenientes da incidência daquelas exações, no período entre a data de impetração do *mandamus* e a efetivação da segurança ora deferida, com os créditos tributários de quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com incidência do artigo 170-A do CTN.

Nas razões recursais (fls. 236/241), a apelante defende a ausência de norma isentiva no âmbito da COFINS e do PIS para receitas decorrentes de operações com a Zona Franca de Manaus (ZFM). Aduz que o artigo 40 do ADCT, ao ratificar a manutenção da ZFM como área de livre comércio, não constitucionalizou as normas relativas aos incentivos fiscais que já haviam sido concedidos até então, nem tornou imunes à tributação as operações comerciais efetuadas pelas empresas ali instaladas nem entre estas

e as demais empresas estabelecidas em outras regiões do território nacional.

Contra-razões, às fls. 259/266.

Conclusos, vieram-me os autos para julgamento.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

No mérito, cifra-se a presente querela na possibilidade de incidência da COFINS e do PIS, sobre a venda de mercadorias da recorrente para a Zona Franca de Manaus.

A pretensão recursal formulada não logra perspectiva de êxito.

Prescreve o art. 4º do Decreto-Lei nº 288/67:

A exportação de mercadorias de origem nacional para o consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será, para todos os efeitos fiscais constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro.

Já o art. 5º da Lei nº 7.714/88 e o art. 7º da LC 70/91, que tratam do PIS e da COFINS, assim dispõem:

Art. 5º Para efeito de determinação da base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), instituídas pelas Leis Complementares nºs 7, de 7 de setembro de 1970, e 8, de 3 de dezembro de 1970, respectivamente, o valor da receita de exportação de mercadorias nacionais poderá ser excluído da receita operacional bruta.

(Redação dada pela Lei nº 9.004, de 1995)

Art. 7º São também isentas da contribuição as receitas decorrentes:

I - de vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, realizadas diretamente pelo exportador;

(...)

VI - das demais vendas de mercadorias ou serviços para o

exterior, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

(Redação dada pela LC nº 85, de 15/02/1996)

De outra parte, preceitua o artigo 40 do ADCT:

Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área de livre comércio, de exportações e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus.

Pelo que se infere dos referidos dispositivos legais, qualquer benefício fiscal instituído para incentivar a exportação de produtos nacionais será automaticamente aplicado às mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus.

Assim, consoante se interpreta do art. 4º do DL 288/67 e do art. 40 do ADCT, o legislador entendeu pela prorrogação da Zona Franca de Manaus como beneficiária de favores fiscais. Tanto é que, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus é tida como equivalente a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro.

Conseqüentemente, infere-se que a equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior impõe o reconhecimento à isenção relativa à COFINS e ao PIS quanto à mercadoria destinada àquela região.

Outro não é o entendimento do egrégio STJ a respeito, consoante se infere dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO . VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ISENÇÃO. PIS E COFINS. PRODUTOS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os funda-

mentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. O art. 4º do DL 288/67 e o art. 40 do ADCT “preserva a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio, estendendo às exportações destinadas a estabelecimentos situados naquela região os benefícios fiscais presentes nas exportações ao estrangeiro”. Consectariamente, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Sob esse enfoque, é assente nas Turmas de Direito Público que: “O conteúdo do art. 4º do Dec.-Lei 288/67 foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior.”

3. O art. 5º da Lei 7.714/88, com a redação dada pela Lei 9.004/95, bem como o art. 7º da Lei Complementar 70/91 autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da COFINS respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

4. Havendo equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se que a isenção relativa à COFINS e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à Zona Franca. Precedentes do STJ (REsp 223.405-MT, *DJ* de 01.09.2003, Relator Min. Humberto Gomes de Barros; REsp 144.785-PR, *DJ* de 16.12.2002, Relator Min. Paulo Medina).

5. O Supremo Tribunal Federal, em sede de Medida Cautelar na ADI nº 2348-9, suspendeu a eficácia da expressão “na Zona Franca de Manaus”, contida no inciso I do § 2º do art. 14 da MP nº 2.037-24, de 23.11.2000, que revogou a isenção relativa à COFINS e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na Zona Franca de Manaus.

6. Assim, considerando o caráter vinculante da decisão liminar proferida pelo e. STF, e, ainda, que a referida ação direta de inconstitucionalidade esteja pendente de julgamento final, restam afastados, no caso concreto, os dispositivos da MP 2.037-24 que tiveram sua eficácia normativa suspensa.

7. Recurso especial desprovido.
(REsp nº 677209/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, unânime, *DJU* 28.02.2005, pág 251)

TRIBUTÁRIO. COFINS. ZONA FRANCA DE MANAUS. ISENÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DO DL 288/67.

- O conteúdo do art. 4º do Dec.lei 288/67 foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior.

- A isenção da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, concedida pela Lei Complementar nº 70/91 à exportação de mercadorias, é também aplicável às operações relativas à Zona Franca de Manaus.

- Precedentes.

- Recurso especial provido.

(REsp nº 144785/PR, Rel. Min. Paulo Medina, Segunda Turma, unânime, *DJU* 16.12.2002, pág 285)

Por fim, no que concerne ao inciso I do § 2º do art. 14 da MP nº 2.037-24, de 23.11.2000, que revogou a isenção relativa à COFINS e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na Zona Franca de Manaus, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Medida Cautelar na ADI nº 2348-9, suspendeu, liminarmente, a eficácia da expressão “na Zona Franca de Manaus”, constante do referido dispositivo, nos termos da seguinte ementa:

ZONA FRANCA DE MANAUS. PRESERVAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Configuram-se a relevância e o risco de manter-se com plena eficácia o diploma atacado se este, por via direta ou indireta, implica a mitigação da norma inserta no artigo 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988: Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição. Parágrafo único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus. Suspensão de dispositivos da Medida Provisória nº 2.037-24, de novembro de 2000.

(ADIMC/DF nº 2348-9, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07.11.2003)

Logo, afigura-se legítima a declaração de inexistência da relação jurídica a ensejar a cobrança do PIS e da COFINS incidentes sobre a receita oriunda de vendas ao mercado interno localizado na Zona Franca de Manaus.

Com o advento da Lei nº 8.383, de 30.12.91, alterada pela Lei nº 9.069, de 29.06.95, surgiu a possibilidade da compensação de tributos recolhidos indevidamente, como se verifica no artigo 66 daquele diploma legal, de teor:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação, ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.

Posteriormente, houve a edição da Lei nº 9.250, de 26.12.95, ratificando a necessidade de identidade das espécies tributárias a serem compensadas.

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

Acerca do assunto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria entendendo ser favorável à compensação entre tributos da mesma espécie e destinação orçamentária. Desta sorte, FINSOCIAL somente poderia ser compensado com a COFINS.

Entretanto, a legislação de regência sofreu alterações, a exemplo da edição da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30.12.2002, que veio trazer significativas

modificações ao art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/96, resultando este com a seguinte de dicção:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)
§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)
§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Anteriormente o dispositivo legal supra referido trazia menção expressa à possibilidade de autorização, por parte da Secretaria da Receita Federal, de utilização de créditos para quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração, ante requerimento do contribuinte.

Cotejando os ambos comandos, depreende-se que pela novel sistemática tornou-se despicienda a autorização da Fazenda Pública para a obtenção da compensação entre tributos e contribuições diversas, desde que administrados pela Secretaria da Receita Federal, devendo, tão-somente, o contribuinte declarar os créditos utilizados e os débitos compensados.

Regulamentando o art. 74 da Lei nº 9.430/96, em sua nova redação, a Secretaria da Receita Federal fez editar a Instrução Normativa nº 210, de 1º.10.2002, que em seu artigo 21 traz a seguinte prescrição:

Art. 21. O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF.

Transcrevo, à guisa de exemplificação, arestos do colendo STJ a corroborar o entendimento acima esposado:

TRIBUTÁRIO. PIS. DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. STF. EFEITOS *INTER PARTES*. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL. EXTENSÃO *ERGA OMNES*. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. COMPENSAÇÃO. ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96, COM REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 10.637/02. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. SELIC.

(...)

6. Os tributos devidos e sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal podem ser compensados com créditos referentes a quaisquer tributos ou contribuições administrados por esse Órgão, a teor do que dispõe o art. 74 da Lei nº 9.430/96, com redação conferida pela Lei nº 10.637/2002.

(REsp 458.236-SP. Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 15.12.03, pág. 259, unânime).

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS E CSL. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEI 9.430/96, ART. 74 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.637/2002. PRECEDENTES.

1. Acórdão *a quo* que autorizou a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título do PIS com o próprio PIS, com a COFINS, e a CSL.

2. A posição firmada pela egrégia 1ª Seção é que a compensação só poderia ser utilizada, nos termos da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, isto é, entre os que tiverem a mesma natureza jurídica, e uma só destinação orçamentária. No entanto, a legislação que rege o tema sofreu alterações ao longo dos anos, mais ainda por intermédio da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), que em seu art. 49 alterou o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

(...)

5. Apesar de o PIS envergar espécime diferente e natureza jurídica diversa da COFINS e da CSL, cada qual com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, em face da nova legislação que rege a espécie, podendo, pois, serem compensados

entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF.

(REsp 499.153-PE. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 06.10.2003, pág. 214, unânime).

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA A. TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO COM A COFINS E A CSSL. POSSIBILIDADE. ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.637, DE 20.12.2002. AUSÊNCIA DE EIVA NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

- Com o advento da Medida Provisória nº 66, de 29.08.02, convertida na Lei nº 10.637, de 20.12.2002, o art. 74 da Lei nº 9.430/96 passou a ter seguinte redação: "O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrados por aquele Órgão".

Dessa forma, dispensada a prévia autorização do Fisco para que o contribuinte realize a compensação, exige-se apenas que os tributos objeto de compensação sejam arrecadados pela Secretaria da Receita Federal - SRF. *In casu*, tanto o PIS quanto a COFINS e a CSSL são exações arrecadas pelo referido órgão, razão por que deve ser reconhecida sua compensabilidade, embora diversa a ulterior destinação da receita advinda de sua arrecadação.

(REsp 487.647-RJ. Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, 02.02.2004, pág. 315, unânime).

De outra parte, o colendo STJ tem adotado o entendimento no sentido de que, em relação aos créditos de espécies distintas, a compensação só é possível a partir da vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002, conforme acórdão de ementa:

TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEIS NºS 8.383/1991 E 9.430/1996. DECRETO Nº 2.138/1997. ART. 49 DA MP Nº 66, DE 29/08/2002 (CONVERSÃO NA LEI Nº 10.637, DE 30/12//2002). ART. 21 DA IN/SRF Nº 210, DE 1º/10/2002. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A legislação que rege o instituto da compensação sofreu alterações ao longo dos anos: Leis nºs 8.383/1991, 9.430/1996 e 10.637/2002 (oriunda da MP nº 66/2002), Decreto nº 2.138/1997 e IN/SRF nº 210/2002.

2. Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de

29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

3. O referido art. 74 passou a expor: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.

4. Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”.

5. *In casu*, apesar de o PIS envergar espécime diferente e natureza jurídica diversa de outros tributos, cada qual com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, em razão da nova legislação que rege a espécie, podendo, dessa forma serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF. Precedentes da 1ª Turma (AgRegs nos REsps nº 463600/MG, 465011/MG, 449978/SP, e EDcl no AgReg no REsp nº 455864/RS).

6. A compensação deverá ser efetuada nos exatos termos estabelecidos pelo art. 49 da Lei nº 10.637/02, bem como pela IN/SRF nº 210, de 30/11/2002, observando-se, principalmente, não excluídos os demais comandos legais e normativos, o seguinte:

a) o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo, ou contribuição, administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração daquele Órgão; (grifei)

b) a aludida compensação será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados;

c) poder-se-ão utilizar, na mencionada compensação, créditos que já tenham sido objeto de pedido de restituição

ou de ressarcimento encaminhado à SRF, desde que o referido pedido se encontre pendente de decisão administrativa à data do encaminhamento da “Declaração de Compensação”;

d) declarada a compensação, ficará obrigada a Secretaria da Receita Federal a extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

7. Na espécie, o pedido de compensação foi formulado antes da vigência das normas legais supracitadas, que autorizaram a compensação com quaisquer tributos e contribuições como pretende a parte autora. Não pode, portanto, ser realizada a compensação com tributos de espécies diferentes. (Grifei)

8. Adota-se, a partir de 01/01/1996, na compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, devendo os juros ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão de o Fisco só seguir tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescer ao texto legal condição nela inexistente. Juros de mora pela taxa SELIC a partir da instituição da Lei nº 9.250/95, ou seja, 01/01/1996.

9. Precedentes desta Corte Superior.

10. Recurso especial parcialmente provido, nos termos do voto.

(REsp nº 645340/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/09/2004, p. 211)

Na hipótese dos autos, observo que o pedido de compensação foi efetuado após a vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002. Dessarte, não há óbice à compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS e COFINS com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos moldes da r. sentença recorrida.

No que concerne à aplicação da correção monetária no montante restituído ou compensado, inclusive dos expurgos inflacioná-

rios, nada mais acertado, posto que tal mecanismo visa à manutenção do poder aquisitivo da moeda. Destarte, cabível a correção nos seguintes termos: até fevereiro de 1991 aplica-se o IPC – ressaltado que o índice relativo a janeiro de 1989 é o de 42,72% – e a partir daí incidirá o INPC até janeiro de 1992, quando se aplicará a UFIR, nos moldes da Lei nº 8.383/91, e a contar de 1º de janeiro de 1996 a taxa SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95. Nesse sentido, colaciono arestos do c. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL X COFINS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCLUSÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. INTENÇÃO PROCRASTINATÓRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. ARTS. 16, 17, IV E VII, 18, E 557, § 2º, DO CPC. LEIS NºS 9.668/1998 E 9.756/1998.

(...)

2. A correção monetária não se constitui em um *plus*; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais, como fatos de atualização monetária de débitos judiciais.

3. A respeito, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

4. Aplicação dos índices de correção monetária que é absolutamente devida, da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) após janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91.

5. Adota-se, a partir de 1º de janeiro de 1996, no fenômeno compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/95, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada.

6. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescentar ao texto legal condição nela inexistente. (...)

(AGRESP 444940 - DF, Rel. Min. José Delgado, DJ: 16/12/2002 PG: 00260, unânime).

Por fim, anoto que, relativamente aos créditos tributários constituídos após o advento da LC 104/01, minha manifestação anterior era no sentido de que, apenas em relação aos créditos tributários constituídos após o advento da LC 104/01, a respectiva compensação tributária somente se viabiliza com o trânsito em julgado da decisão em que se discute a respeito da validade da exação, em obediência ao preconizado no artigo 170-A do CTN.

Todavia, em sintonia com os recentes precedentes do egrégio STJ (REsp 825637/SP, DJ 15/05/2006, pág. 185), passo a adotar a tese de que deve ser aplicado o direito vigente ao tempo do ajuizamento da ação.

In casu, a compensação pode ser realizada apenas com o trânsito em julgado, pois à época da propositura da ação (22/07/2004), já estava em vigor a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

Com essas considerações, nego provimento à apelação e a remessa obrigatória.

Assim voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.570-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Impetrantes: DRS. ERNESTO GONÇALO CAVALCANTI E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: EMERSON RAMOS CORREIA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CASO AVESTRUZ MASTER. LITISPENDÊNCIA. INCOMPETÊNCIA. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA.

- No processo penal, as argüições de litispendência e incompetência devem ser opostas mediante exceção própria, conforme o disposto no art. 95 do CPP. Outrossim, é defeso no habeas corpus o exame aprofundado de provas ou a respeito de matéria fática ainda a ser conhecida pelo juiz natural, quando da análise do mérito, sob pena de supressão de instância.

- No caso em apreço, a alegada litispendência não se mostrou terminante de plano, malgrado o esforço em solicitar informações junto ao MM. Juiz da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás sobre o processo que tramita naquela jurisdição.

- Ao revés, a denúncia apresentada perante a 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco é clara em asseverar que os fatos ensejadores desta persecução criminal foram hipoteticamente perpetrados apenas neste Estado, pondo por terra a alegada litispendência ou bis in idem.

- Sobre a competência, deve ser observada a regra geral, prevista no art. 70, caput, do CPP, fixando-se pelo local da infração.

- A denúncia discorreu de modo satisfatório sobre a conduta do paciente. Não bastasse, nos

casos em que a exordial acusatória trata de crimes societários, a jurisprudência mais avisada admite a descrição genérica dos fatos perpetrados por cada partícipe, reservando-se a individualização das condutas para o momento da instrução do feito, sob pena de abrir brechas à impunidade. Precedente da Primeira Turma desta Corte Regional (TRF-5ª Região, HC 2253/PE, Relator o Desembargador Federal José Maria Lucena, decisão unânime da Primeira Turma em 27/10/2005, publicada no DJ de 15/12/2005).

- Merecem acolhida os fundamentos lançados pelo custos legis em seu parecer, ao propugnar pela revogação da prisão preventiva hostilizada, consignando que: “(...) No caso do paciente, porém, não parece haver elementos que lhe recomendem o encarceramento, pois sua conduta, ao menos por ora, não aparenta causar riscos à ordem pública nem à instrução criminal”.

- Ordem parcialmente concedida, apenas para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando seja expedido, de imediato, o competente alvará de soltura em seu favor.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder, em parte, a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de outubro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Carlos Augusto Jorge e Ernesto Gonçalo Cavalcanti impetram ordem de *habeas corpus* liberatório em favor de Emerson Ramos Correia, qualificado nos autos, preso preventivamente por força de decisão da lavra do MM. Juiz Federal Antônio Bruno de Azevedo Moreira, e. Magistrado da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, exarada ao receber a denúncia que deu ensejo à instauração da Ação Penal nº 2006.83.00.010876-7.

Narra a indigitada exordial acusatória (fls. 79/94) que o paciente, em concurso com os demais sócios da empresa AGRO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE AVESTRUZ LTDA., nome de fantasia “AVESTRUZ MASTER”, perpetrou, entre os anos de 2004 e 2005, os crimes previstos nos seguintes dispositivos legais: “art. 7º, II, e 6º da Lei 7.492/86, c/c artigo 1º do mesmo diploma legal e arts. 29 e 71, *caput*, do Código Penal; art. 171, *caput*, c/c artigos 29 e 71, e art. 288, *caput*, todos do Código Penal; artigo 2º, IX, da Lei 1.521/51, c/c arts. 29 e 71, *caput*, do Código Penal; e art. 7º, VII, da Lei 8.137/90, todos em combinação com o art. 69 do CP”¹ (cf. fl. 93).

¹ Lei nº 7.492/86:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A custódia esgrimida foi ordenada visando à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal (CPP, art. 312).

Os impetrantes asseveram a ilegalidade do encarceramento cautelar, afirmando querer o Magistrado, em verdade, “dar uma satisfação para a sociedade” (fl. 06).

Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Código Penal:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos

Esforçam-se por rechaçar os fundamentos da prisão hostilizada, alegando que o paciente não oferece perigo para a ordem pública, porquanto já desapossado de todos os seus bens, confiscados em processo de falência em andamento, e que tampouco existe receio de estorvo à instrução criminal, pois o paciente comparecera a todos os atos da instrução criminal, jamais se ausentando do distrito da culpa sem autorização judicial.

crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Lei nº 1.521/51 (altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular):

Art. 2º. São crimes desta natureza:

(...)

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);

(...)

Lei nº 8.137/90:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

(...).

Aduzem que os fatos apresentados pelo *dominus litis* na vertente peça inaugural são os mesmos constantes da denúncia apresentada pelo MPF/GO no processo de nº 2006.35.00.03838-8, que tramita na 11ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Goiás, apresentando, para tanto, quadro comparativo. Invocam, nesse passo, o princípio da proibição do *bis in idem*.

Sustentam, ainda, a inépcia da denúncia, por não descrever suficientemente a conduta do paciente, que não teria, ademais, poder de decisão quanto à política de negócios da empresa.

Afirmam, inclusive, que a competência deveria se firmar por prevenção em favor da Vara goiana (CPP, art. 83, c/c 71), até porque seria caso de infração continuada praticada em território de duas ou mais jurisdições. Alegam, outrossim, a ocorrência de conexão por intersubjetividade (CPP, arts. 76, I, c/c 77).

Reportam-se à existência de precedente do STJ, em sede de conflito de competência (38.024-RJ/2.003/0004661-9), para asseverarem que “se estamos tratando do mesmo crime, na mesma esfera judicial, porém, em Estados da Federação distintos, devemos, sim, fazer a junção dos mesmos (*sic*), pois, além de correrem com mais celeridade, gerando a economia processual tão alardeada neste País, também é algo JUSTO” (fls. 20/21).

Alfim, pugnam seja concedida a ordem, para determinar a expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente, declarando-se, outrossim, a incompetência do juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco para processar e julgar a Ação Penal nº 2006.83.00.010876-7, inclusive com a remessa dos autos à 11ª Vara Federal de Goiânia/GO, em face do instituto da prevenção.

Ao receber o *writ* (fl. 965), requisitei informações ao Magistrado impetrado e ao MM. Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, este no pertinente ao Processo nº 2004.35.00.013758-5. Ambas as autoridades prestaram esclarecimentos em tempo hábil (fls. 970/976 e 993/1002).

O pleito liminar restou indeferido, nos termos da decisão de fls. 985/989.

Foram os autos ao *custos legis*, que se manifestou mediante o parecer acostado às fls. 1045/1053, da lavra do e. Procurador Regional da República Wellington Cabral Saraiva, cuja ementa transcrevo abaixo:

PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA E *BIS IN IDEM*. INVIABILIDADE DE EXAME EM *HABEAS CORPUS*. EMPRESAS E ESTADOS DIFERENTES. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIMES SOCIETÁRIOS, COLETIVOS E DE ALTA COMPLEXIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS.

Não cabe, em *habeas corpus*, examinar minuciosamente as provas nas quais se basearam duas acusações, em processos distintos, para aferir a alegada identidade de objeto, caracterizadora da litispendência. De todo modo, as acusações referem-se a atos do paciente à frente de empresas diferentes, em diferentes unidades da Federação, o que enfraquece os fundamentos da impetração. Trazer esse exame para o âmbito estreito do *habeas corpus* equivaleria a subtrair do juízo natural a competência para apreciar as acusações.

Não é inepta a denúncia que, com lastro documental, descreve conduta classificável, ao menos em tese, como fato típico. Tampouco há inépcia se a descrição da conduta, mesmo que defeituosa (o que não é o caso), permitir o pleno exercício do direito de defesa. Doutrina e jurisprudência antigas e consolidadas. Particularmente no caso de delitos societários, de autoria coletiva ou que envolvam grande quantidade de agentes, bem como nos de elevada complexidade, a jurisprudência já se firmou, majoritariamente, no sentido de não exigir, desde a oferta da denúncia, a descrição detalhada do papel de cada acusado. A responsabilidade deles deverá ser esmiuçada ao longo da instrução criminal, sob pena de impedir a provocação do Poder Judiciário para o exercício do *jus puniendi*. Denúncia que, no caso, aponta de maneira totalmente satisfatória as causas da responsabilidade do paciente.

É legalmente possível, para garantia da ordem pública, a prisão preventiva de quem se dedicou, por anos, ao cometimento de crimes causadores de lesão, talvez bilionária, à ordem econômica, à economia popular e ao sistema financeiro nacional. A concessão de liberdade a pessoa responsável por esquema que gerou revolta e indignação em

dezenas de cidades do país causa sentimento de desamparo, descrédito, impunidade e desrespeito dos cidadãos em relação ao poder público e ao Poder Judiciário em particular. Esse sentimento atua como verdadeiro estímulo ao cometimento de atos ilícitos, por parte de alguns, o que também é nocivo à ordem pública. No caso do paciente, porém, não parece haver elementos que lhe recomendem o encarceramento, pois sua conduta, ao menos por ora, não aparenta causar riscos à ordem pública nem à instrução criminal.

Parecer pela concessão parcial da ordem, apenas para o fim de revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a possibilidade de ela voltar a ser decretada, caso surjam fatos que a justifiquem.

Era o que cumpria resumir.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A vertente ordem de *habeas corpus* foi impetrada por Carlos Augusto Jorge e Ernesto Gonçalo Cavalcanti em favor de Emerson Ramos Correia, preso preventivamente por força de decisão da lavra do MM. Juiz Federal Antônio Bruno de Azevedo Moreira, e. Magistrado da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, exarada ao receber a denúncia ensejadora da Ação Penal nº 2006.83.00.010876-7.

Em síntese, os impetrantes fundam o remédio heróico em três pilares:

I) identidade de partes, causa de pedir e pedido entre o indigitado processo-crime e outro mais antigo (2006.35.00.03838-8), em tramitação na 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás. Alegam, portanto, existir litispendência entre ambas as acusações, acarretando odioso *bis in idem*, bem assim que, ao menos, a competência deveria se firmar por prevenção em favor da Vara goiana (CPP, art. 83, c/c 71), até porque seria caso de infração continuada praticada em território de duas ou mais jurisdições;

II) inépcia da exordial da ação penal vinculada ao presente *writ*

(2006.83.00.010876-7), por não descrever suficientemente as condutas ensejadoras de todas as acusações impingidas ao paciente;

III) ilegalidade da prisão preventiva do paciente, à míngua dos pressupostos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

Por opção metodológica, procederei ao exame destacado de cada ponto da irresignação.

I - Das arguições de litispendência e incompetência do juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco

Inicialmente, impende registrar que, no processo penal, as arguições de litispendência e incompetência devem ser opostas mediante exceção própria, conforme o disposto no art. 95 do CPP².

De logo, portanto, saltaria aos olhos a impropriedade da via eleita.

Não bastasse, é cediço ser defeso no *habeas corpus* exame aprofundado de provas ou a respeito de matéria fática ainda a ser conhecida pelo juiz natural quando da análise do mérito, sob pena de supressão de instância.

A propósito, assim vem se manifestando o augusto STF, em jurisprudência iterativa sufragada por esta Corte Regional, conforme demonstram os arestos abaixo transcritos:

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA. Necessidade, para o seu reconhecimento, de exame aprofundado de prova, inviável nesta sede. Questão que deve ser levada ao juiz ou à juíza da causa, mediante exceção de litispendência (art. 110 do CPP). Ordem indeferida. (STF, HC 81375/RJ, Relatora a Ministra Ellen Gracie, decisão unânime publicada no DJ de 15/03/2002, pág. 33).

² Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:

I - suspeição;

II - incompetência de juízo;

III - litispendência;

IV - ilegitimidade de parte;

V - coisa julgada.

(Grifei).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. LITISPEN-
DÊNCIA. EXAME APROFUNDADO DE PROVA. IMPOS-
SIBILIDADE.

- A jurisprudência já se sedimentou no sentido de não ad-
mitir o exame aprofundado de provas em sede de *habeas*
corpus.

- Hipótese em que, ainda que analisada, a documentação
acostada ao feito não é suficiente para caracterizar a litis-
pendência invocada.

- Denegação da ordem.

(TRF-5ª Região. HC 969/RN. Relator o Desembargador Fe-
deral Luiz Alberto Gurgel de Faria. Decisão unânime da
Segunda Turma em 16/03/1999, publicada no *DJ* de 11/
02/2000, pág. 511).

No caso em apreço, a alegada litispendência não se mostrou
terminante de plano, malgrado o esforço em solicitar informações
junto ao MM. Juiz da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás
sobre o Processo nº 2006.35.00.03838-8, as quais foram presta-
das com zelo e em tempo hábil pelo e. Magistrado Substituto Gil-
ton Batista Brito.

Ao revés, conforme já registrei ao proferir a decisão preambu-
lar, a denúncia apresentada perante a 4ª Vara da Seção Judiciária
de Pernambuco é clara em asseverar que os fatos ensejadores
desta persecução criminal foram hipoteticamente perpetrados ape-
nas neste Estado, pondo por terra a alegada litispendência ou *bis*
in idem, argumentos que, na feliz expressão do *custos legis* (fl.
1046-v), “resumem-se, na verdade, a um só”.

Sob esse prisma, trago novamente a lume excertos das infor-
mações prestadas pelo MM. Juiz Federal Substituto Flávio Rober-
to Ferreira de Lima, *in verbis*:

11. Também não assiste razão aos impetrantes quanto à
alegação de incompetência deste Juízo, em face de su-
posta conexão entre o processo que tramita neste Juízo e
a Ação Penal nº 2006.35.00.03838-8, que corre perante a
11ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Goiás,
porquanto a mera semelhança entre os fatos imputados
aos acusados não enseja a reunião de processos. Cum-
pre salientar que, neste Estado, foi montada pelos acusa-
dos uma estrutura própria, com a constituição de uma

pessoa jurídica, com sede em Recife e filial em Vitória de Santo Antão, e construção de um plantel com cerca de 500 (quinhentas) aves, ambos (*sic*) com um corpo de empregados próprio. Acrescente-se que os fatos narrados na exordial limitam-se às condutas praticadas em Pernambuco. Destarte, competente é este Juízo para processar e julgar os fatos objeto da presente demanda, por ser o foro do lugar onde se consumou a infração.

No pertinente à competência, até pronunciamento definitivo do juízo natural, deve prevalecer a regra geral prevista no art. 70, *caput*, do CPP³, fixando-se pelo local da infração.

Com essas considerações, rejeito o *writ* neste tocante.

II- Da inépcia da exordial da Ação Penal nº 2006.83.00.010876-7

A mesma sorte merece o presente HC no concernente à alegação da inépcia da exordial da Ação Penal nº 2006.83.00.010876-7, por não descrever suficientemente as condutas ensejadoras de todas as acusações impingidas ao paciente.

O *dominus litis* discorreu de modo satisfatório sobre a conduta do denunciado Emerson Ramos Correia, atribuindo-lhe, inclusive, poder gerencial ou de mando, nos seguintes termos (fl. 91):

45. No início de 2005, o denunciado Emerson Ramos Correia passou a compor o quadro societário da empresa pernambucana, juntamente com o acusado Jerson Maciel da Silva. Foi apontado, nos depoimentos colhidos nos autos, como “superintendente da presidência” do grupo, uma espécie de “segundo homem”, pessoa que poderia responder pelos empreendimentos da Avestruz Master, e, especialmente, sobre os negócios travados em Pernambuco, ao lado de Jerson Maciel da Silva.

46. Em seu depoimento (fls. 772/776), Emerson Ramos Correia demonstrou vasto conhecimento sobre negociação das empresas do Grupo Avestruz Master, deixando claro que possuía capacidade gerencial e poder de mando.

³ Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso da tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

(...)

Ademais, nas hipóteses em que a denúncia trata de crimes societários, a jurisprudência mais avisada admite a descrição genérica dos fatos perpetrados por cada partícipe, reservando-se a individualização das condutas para o momento da instrução do feito, sob pena de abrir brechas à impunidade. A Primeira Turma desta Corte Regional assim vem decidindo, consoante demonstra o paradigma transcrito abaixo, cuja relatoria me pertencera:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CONDUTA. CRIME SOCIETÁRIO. DESCRIÇÃO GENÉRICA. INVIABILIDADE PARA EXAME DE PROVAS. INDÍCIOS DE AUTORIA.

- O trancamento de ação penal é medida extrema que somente se permite nos restritos casos de atipicidade flagrante da conduta, de ausência de elementos mínimos a supedanear a acusação ou ocorrência de extinção de punibilidade e passa pelo exame da juridicidade do ato judicial de recebimento da denúncia, *decisum* de que verdadeiramente se recorre.

- Nos crimes societários, admite-se a descrição genérica dos fatos, reservando-se a individualização das condutas para a própria instrução do feito, “pois em feitos desta natureza, a impunidade estaria assegurada se se exigisse do Ministério Público, desde logo, a individualização das condutas” (RSE nº 579/CE - DJ 20/10/2003, pág. 431).

- A pretensão autoral (trancamento da ação penal) só poderá ser reconhecida no decorrer normal da instrução, já que enseja dilação probatória absolutamente vedada na seara da ação mandamental, tendo como veículo apropriado a ação criminal multicitada.

- Precedentes do STJ e deste TRF.

- Ordem denegada.

(TRF-5ª Região, HC 2253/PE, decisão unânime da Primeira Turma em 27/10/2005, publicada no DJ de 15/12/2005).

Ressalte-se ainda que as eventuais omissões porventura verificadas na exordial podem ser supridas a qualquer tempo, antes da sentença, por força do comando art. 569 do CPP, não se justificando, também por isso, seja declarada a inépcia da exordial. Eilo:

Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.

Por conseguinte, nego guarida à impetração também neste tocante.

III - Da prisão preventiva

Neste concernente, entendo mereçam acolhida os fundamentos lançados pelo *custos legis* em seu parecer (fls. 1045/1053), da lavra do e. Procurador Regional da República Wellington Cabral Saraiva, que adoto como razões de decidir, para conceder a ordem em favor da liberdade provisória do paciente.

Com efeito, andou bem o *Parquet* ao propugnar a revogação do encarceramento cautelar hostilizado, ante a inexistência de *periculum in mora* bastante para restringir o direito de ir e vir do paciente, donde extraio os seguintes excertos (fls. 1052-v/1053):

39. Está sobejamente satisfeito, portanto, o requisito do *fumus boni juris*.

40. No que concerne ao *periculum in mora*, porém, não deve prosperar a decisão atacada. Os elementos dos autos indicam que o principal responsável pelo esquema era o denunciado Jerson Maciel da Silva. O papel do paciente, ainda que importante, não preponderava na condução da empresa. Além dos fatos pelos quais esse co-réu é acusado em Pernambuco, há outros correlatos, que, como se viu, deram ensejo à ação penal em curso na Justiça Federal em Goiás. Ao longo de pelo menos dois anos (2004 e 2005), pelo que consta dos autos, os réus dedicaram-se intensa e diuturnamente à prática de crimes graves, contra a ordem econômica e o sistema financeiro nacional, entre outros, gerando lesão que talvez supere **um bilhão de reais** aos cidadãos ludibriados pelo esquema “**AVES-TRUZ MASTER**”.

41. Apesar de essa dedicação do paciente a atividades delitivas por anos recomendar o encarceramento do paciente, para garantia da ordem pública, a investigação, ao que consta, não produziu elementos que sugiram vá ele retornar à trilha do crime, que por largo prazo seguiu. Ape-

sar dos altos valores envolvidos, aparentemente não há indicadores da capacidade econômica do réu para a prática de outros ilícitos e para interferir na produção de provas destinadas à instrução criminal.

42. Não se deve desprezar o outro fundamento usado pela decisão que impôs o encarceramento do paciente. Os ilícitos praticados no âmbito das empresas do grupo Avestruz Master causaram intensa revolta e indignação na população brasileira, em dezenas de cidades, assim como sentimento de desamparo dos cidadãos em relação ao poder público. Não se trata de usar a prisão preventiva como meio de vingança nem de antecipação de possível pena a ser imposta, no futuro, se for o caso. Sem embargo, não se pode ignorar que a soltura do co-réu Jerson Maciel da Silva transmitiria ao povo forte sentimento de impunidade e descrédito nas instituições em geral, notadamente no Poder Judiciário. Esse sentimento, por seu turno, atua como verdadeiro estímulo ao cometimento de atos ilícitos, por parte de alguns. Funciona como uma espécie de prevenção geral às avessas, pois mina a confiança no poder público e no sistema repressivo.

43. Costuma-se dizer, aparentemente com razão, que o sentimento de impunidade é um dos fatores mais criminógenos. Tal sentimento é alimentado pela percepção de frouxidão no tratamento de réus que causaram lesão difusa e macroscópica em detrimento de milhares de pessoas. A concessão de liberdade aos principais envolvidos em caso como o dos autos enfraquece o respeito e a seriedade que o Poder Judiciário merece e alimenta sensação de descrédito, desconfiância e fraqueza do sistema penal. Em última análise, acaba contribuindo para a ineficácia desse sistema e, até, para o cometimento de infrações penais. Por conseguinte, manter a prisão em casos assim não é simplesmente atender ao clamor público, mas preservar a ordem pública (caso expresso de cabimento da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP), pela defesa da eficácia e credibilidade do sistema penal e do respeito devido aos órgãos públicos, em particular ao Poder Judiciário. Não haveria nisso nenhuma ofensa aos princípios do devido processo legal e da presunção da inocência, pois a prisão preventiva é instituto aplicado a todos os países do mundo, com as peculiaridades de cada sistema norma-

tivo – aliás, em muitos deles, inclusive países avançados do Ocidente, com regras bem mais duras do que as brasileiras, até no que tange à duração da medida. Essa espécie de constrição não fere aqueles princípios, pois tem previsão legal, sempre foi acatada pela jurisprudência e busca defender a sociedade, agredida que foi pela prática do(s) delito(s). Esse raciocínio, porém, não se aplica ao paciente, pois sua conduta, até aqui, não aponta para a necessidade premente de seu encarceramento.

IV - Dispositivo

Com essas considerações, concedo em parte a ordem de *habeas corpus*, tão-somente para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando seja expedido, de imediato, o competente alvará de soltura em seu favor.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.578-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Impetrantes: JOÃO NETO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: MARINALDO ROSENDO DE ALBUQUERQUE

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. MANUTENÇÃO DE ANIMAIS SILVESTRES EM CATIVEIRO (ART. 29, §§1º, III E 4º, LEI Nº 9.605/98) E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 12, LEI Nº 10.826/2003). PRESCINDIBILIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA ADENTRAR DOMICÍLIO ONDE HÁ FLAGRÂNCIA DE DELITOS. ABOLITIO CRIMINIS DO SEGUNDO CRIME. OCORRÊNCIA. APREENSÃO DE ESPINGARDA CALIBRE 12 NA VACATIO LEGIS PREVISTA NA LEI 10.826/2003 (ART. 32). ATIPICIDADE. PRECEDENTE DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

- Trata-se de habeas corpus, impetrado em favor de Marinaldo Rosendo de Albuquerque, maior distribuidor da segunda maior cervejaria do país, que foi preso temporariamente, e na ocasião em que a polícia ingressou na sua residência, encontrou uma espingarda calibre 12 (arma de uso restrito) e 6 animais silvestres em cativeiro, o que ensejou a instauração de inquérito policial.

- “É sabido que o trancamento de inquérito policial pela via estreita do habeas corpus somente é possível quando evidenciados, sem necessidade de dilação probatória, a atipicidade da conduta, a ausência de autoria ou existência de causa extintiva da punibilidade. Omissis”. (STF - HC 87607 - MG - 2ª T. - Rel. Min. Eros Grau - DJU 12.05.2006 - p. 28).

- A posse indevida de arma de fogo e o depósito de espécimes da fauna silvestre sem autorização do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA – caracterizam estado de flagrância a autorizar a apreensão levada a efeito, inclusive a violação do domicílio, independentemente da existência de mandado de busca e apreensão, conforme estatui o art. 5º, XI, da Constituição da República. O flagrante pode ser efetuado por qualquer do povo e obrigatoriamente pelos agentes públicos. Aplicação do art. 301 do CPP. Precedente do STJ¹.

- Para configuração do delito do art. 29, III, da Lei nº 9.605/98, não é necessário haver a finalidade de comerciar os espécimes da fauna silvestre, bastando o seu depósito sem a devida licença legal, não importando em que quantidade e com

¹ STJ - HC 40931/SP - 5ª Turma - Rel. Min. Felix Fischer - J. 28/06/2005, DJ: 22/08/2005, p. 315.

qual finalidade que se mantém o cativo. Em se tratando de crime ambiental, não há falar, sequer, na aplicação do princípio da insignificância, entendimento majoritário da nossa jurisprudência.

- O art. 32 da Lei nº 10.826/2003 foi prorrogado pela Lei nº 11.191/2005. Como a arma de fogo espingarda calibre 12 foi apreendida em 15.06.2005 (fl. 58), portanto, dentro do prazo previsto no art. 1º da Lei nº 11.191/2005, evidencia-se a ocorrência da abolitio criminis.

- Ordem concedida em parte. Inquérito trancado em relação ao delito de posse de arma de fogo de uso restrito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder em parte a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de outubro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de Marinaldo Rosendo de Albuquerque.

Os impetrantes alegam que em 15 de julho de 2005, a Polícia Federal realizou a chamada “Operação Cevada”, em que se procedeu à prisão temporária de todos os diretores da segunda maior cervejaria do país – a Schincariol – e de todos os seus distribuidores, que juntos empregam milhares de pessoas e recolhem bilhões em impostos. Narram que a operação, realizada a pedido

do Ministério Público Federal e autorizada pelo Juízo da Vara Federal de Itaboraí-RJ, compreendeu também a busca e apreensão nas residências daqueles que eram alvo da ação, e quase levou todo o grupo à falência, o que causaria um incalculável prejuízo social e econômico. Assim, relatam que o paciente vem a ser o maior distribuidor da Schincariol no país, e foi mantido preso por 10 (dez) dias por conta da mencionada “Operação Cevada”. No momento em que a polícia ingressou na sua residência, encontrou uma espingarda calibre 12 (arma de uso restrito) e 6 animais silvestres em cativeiro, o que ensejou a instauração de inquérito policial.

Os impetrantes argumentam que toda a “Operação Cevada” nasce de uma interceptação telefônica deferida quando só se investigava crime exclusivamente tributário, sem a exigida condição objetiva de punibilidade, a saber, o exaurimento da fase administrativa fiscal. Em decorrência, concluem que as prisões e as buscas e apreensões deferidas na “Operação Cevada” são absolutamente ilícitas, tal qual o produto das mesmas (material arrecadado, eventuais flagrantes dentro dos domicílios, depoimentos colhidos sob prisão temporária ilegal, etc).

A liminar ainda não foi apreciada.

O Juízo *a quo* prestou informações (fls. 130-136).

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da ordem (fls. 144-148).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Inicialmente, “É sabido que o trancamento de inquérito policial pela via estreita do *habeas corpus* somente é possível quando evidenciados, sem necessidade de dilação probatória, a atipicidade da conduta, a ausência de autoria ou existência de causa extintiva da punibilidade. *Omissis*”. (STF - HC 87607 - MG - 2ª T. - Rel. Min. Eros Grau - DJU 12.05.2006 - p. 28)

Por outro lado, conforme deixou assentado o Magistrado de

Primeiro Grau, “(...) a posse indevida de arma de fogo e o depósito de espécimes da fauna silvestre sem autorização do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA – caracterizam estado de flagrância a autorizar a apreensão levada a efeito, inclusive a violação do domicílio, independentemente da existência de mandado de busca e apreensão, conforme estatui o art. 5º, XI, da Constituição da República (...)”.

O flagrante pode ser efetuado por qualquer do povo e obrigatoriamente pelos agentes públicos. Aplicação do art. 301 do CPP².

Sobre o tema, o STJ já decidiu que “Em se tratando o tráfico ilícito de entorpecentes de crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a apreensão da substância prescinde de mandado judicial, dada a constante situação de flagrância.” (STJ - HC 40931/SP - 5ª Turma - Rel. Min. Felix Fischer - J. 28/06/2005, DJ: 22/08/2005, p. 315).

Por outro lado, para configuração do delito do art. 29, III, da Lei nº 9.605/98, não é necessário haver a finalidade de comerciar os espécimes da fauna silvestre, bastando o seu depósito sem a devida licença legal, não importando em que quantidade e com qual finalidade que se mantém o cativoiro.

Em se tratando de crime ambiental, não há falar, sequer, na aplicação do princípio da insignificância, entendimento majoritário da nossa jurisprudência. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

1. Quando o juiz não recebe a denúncia, o processo não é extinto. Nova denúncia pode ser ofertada. Quando o juiz a rejeita, o processo é extinto. Ante a sistemática do nosso ordenamento jurídico, o recurso no primeiro caso deve ser o de sentido estrito, e, no outro, que põe fim ao processo, em que a sentença é definitiva, o de apelação. No caso, cabível o recurso de apelação. Preliminar rejeitada.

² Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

2. Inviável, na hipótese, a aplicação do princípio da insignificância na matéria ambiental, pois a biota, conjunto de seres animais e vegetais de uma região, pode se revelar extremamente diversificada, ainda que em nível local. Em pequenas áreas podem existir espécimes só ali encontradas, de forma que determinadas condutas, inicialmente insignificantes, podem conter potencialidade suficiente para causar danos irreparáveis ao meio ambiente.

3. A prática de condutas contra o meio ambiente, a qual poderia, isoladamente, ser considerada de menor potencial ofensivo, e, por isso mesmo, menos lesiva, quando considerada em conjunto, afeta o interesse público, pois, somada com outras, reclamam real extensão do dano provocado ao equilíbrio ambiental por pequenas ações.

4. Em relação ao crime ambiental, deve-se ter em mente, primeiramente, o bem objeto de proteção do tipo penal em estudo, qual seja, a conservação do meio ambiente equilibrado, pois, uma vez danificado, torna-se difícil repará-lo, o que não sugere a aplicação daquele princípio.

5. Apelação provida. (TRF 1ª R. - ACR 200334000268929 - DF - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Tourinho Neto - DJU 15.07.2005 - p. 20) (grifos nossos)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO EM CONCURSO MATERIAL. ERRO DE PROIBIÇÃO. ARGUMENTO QUE NÃO SE SUSTENTA, MÁXIME QUANDO OS AGENTES ESCONDIAM AS ARMAS E AS AVES ABATIDAS EM FUNDO FALSO DO AUTOMÓVEL, O QUE FAZ PRESUMIR A CIÊNCIA DO ILÍCITO PRATICADO. AVES QUE ESTARIAM DESTRUINDO PLANTAS. FATO NÃO PROVADO E QUE AINDA ASSIM NÃO JUSTIFICARIA A CONDOTA PERPETRADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. OS DANOS À NATUREZA HÃO DE SER SEVERAMENTE PUNIDOS, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DO ECOSISTEMA. ABSOLVIÇÃO. PLEITO QUE NÃO SE SUSTENTA EM PROVA HÁBIL. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA ALTERNATIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. REQUERIMENTO QUE AFRONTA AS REGRAS ESPECÍFICAS DITADAS PELO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS. RECURSO DESPROVIDO.

“O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, decidiu que a prisão domiciliar somente é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei 7.210/84 (HC 68.118/SP)” (HC 83.809-0/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 23/03/2004). (TJSC - ACR 2005.040999-7 - São Miguel do Oeste - 2ª C. Crim. - Rel. Juiz Tulio Pinheiro - J. 14.02.2006) (grifos nossos)

Por fim, o art. 32 da Lei nº 10.826/2003, que previu a *abolitio criminis* do delito de posse de arma de fogo, foi prorrogado pela Lei nº 11.191/2005, *verbis*:

ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARMAS DE FOGO - SINARM. POSSUIDORES E PROPRIETÁRIOS. PRORROGAÇÃO DE PRAZO. CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 253 DE 2005.

LEI Nº 11.191, DE 10 DE NOVEMBRO DE 2005
(DOU 11.11.2005)

Prorroga os prazos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O termo final do prazo previsto no art. 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, fica prorrogado até 23 de outubro de 2005.

Art. 2º O termo final do prazo previsto no art. 30 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, fica prorrogado para os residentes em áreas rurais que comprovem depender do emprego de arma de fogo para prover sua subsistência familiar, de acordo com o disposto no § 5º do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, por 120 (cento e vinte) dias após a publicação desta Lei.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
(Grifos nossos)

Observa-se à fl. 58 que a arma de fogo espingarda calibre 12 foi apreendida em 15.06.2005, portanto, dentro do prazo previsto no art. 1º da Lei nº 11.191/2005.

Sobre o assunto, confira-se o seguinte precedente do STJ:

CRIMINAL. HC. POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. FLAGRANTE LAVRADO EM SUA VIGÊNCIA. PRORROGAÇÃO DO

PRAZO. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA POSSE OU DE ENTREGA DA ARMA. *VACATIO LEGIS* INDIRECTA E *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

I. A Lei nº 10.826/03, ao estabelecer o prazo de 180 dias para que os possuidores e proprietários de armas de fogo sem registro regularizassem a situação ou as entregassem à Polícia Federal, criou uma situação peculiar, pois, durante esse período, a conduta de possuir arma de fogo deixou de ser considerada típica.

II. É prescindível o fato de se tratar de arma com a numeração raspada ou de ser de uso restrito das forças armadas e, portanto, insuscetível de regularização, pois isto não afasta a incidência da *vacatio legis* indireta, se o estatuto do desarmamento confere ao possuidor da arma não só a possibilidade de sua regularização, mas, também, a de simplesmente entregá-la à Polícia Federal.

III. Tanto o art. 12, quanto o art. 16, ambos da Lei nº 10.826/2003, pela simples posse, ficam desprovidos de eficácia durante o período de 180 dias. Precedentes.

IV. O prazo estabelecido na Lei nº 10.826/2003 foi majorado posteriormente por outras normas (Lei nº 10.884/04, Lei nº 11.118/05 e Lei nº 11.191/05), as quais prorrogaram o limite de regularização das armas, bem como de sua entrega até a data de 23/10/2005.

V. Deve ser trancada a ação penal instaurada contra o paciente, quanto ao delito tipificado no art. 16 da Lei nº 10.826/03, por atipicidade da conduta.

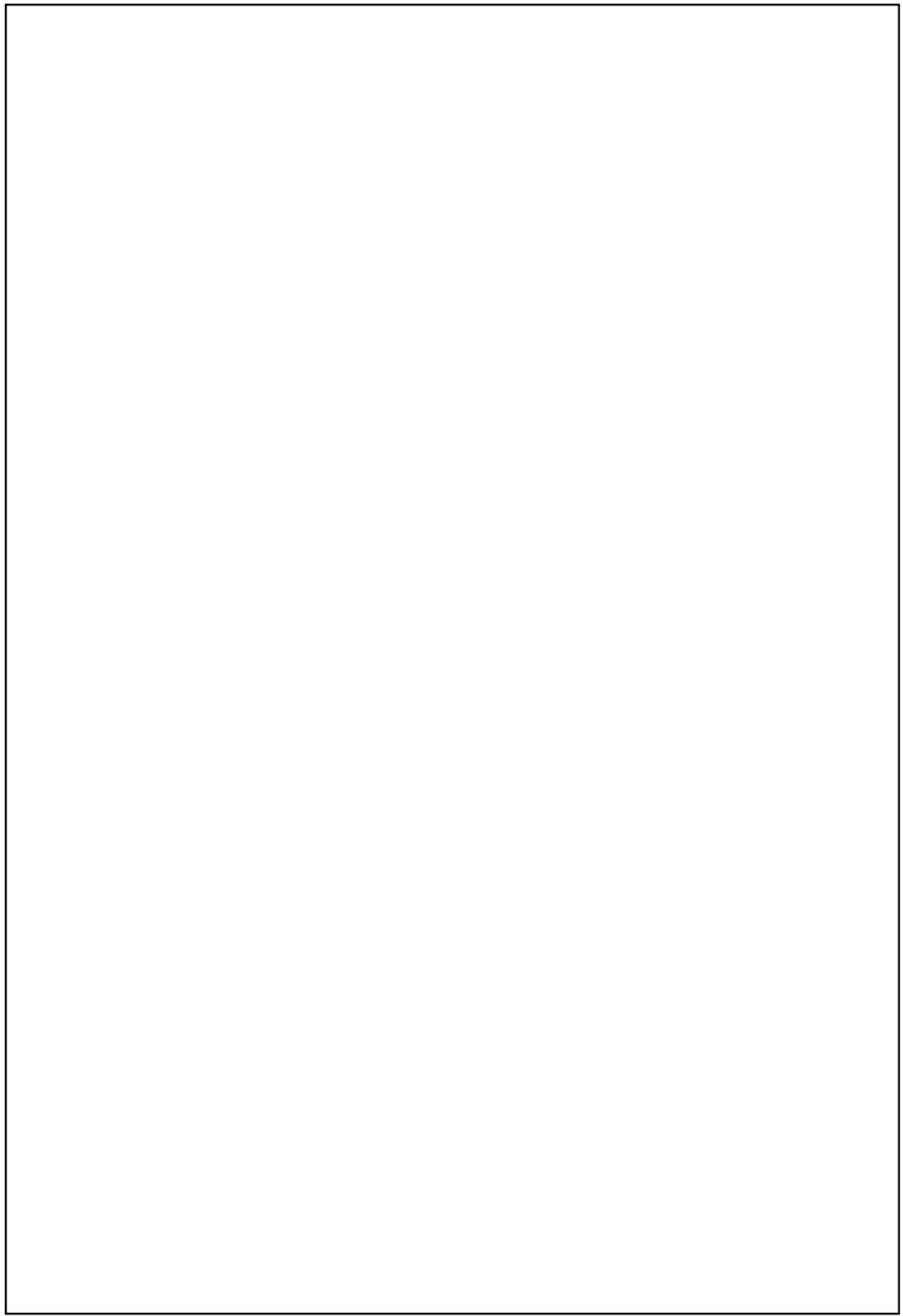
VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(STJ - HC 200501532561 - (47895 MS) - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 10.04.2006 - p. 00251) (grifos nossos)

Assim sendo, **concedo em parte a ordem de *habeas corpus*** requerida em favor do paciente Marinaldo Rosendo de Albuquerque, devendo o **Inquérito Policial** que tramita em primeira instância ser trancado em relação ao **delito de posse de arma de fogo de uso restrito (espingarda calibre 12)**, devendo prosseguir em relação ao delito de Manutenção de animais silvestres em cativeiro.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO



JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

| | | |
|----------|---|----|
| 60594-SE | Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho... | 13 |
| 64497-CE | Rel. Des. Federal Marcelo Navarro | 22 |
| 69198-PE | Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães..... | 30 |

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR

| | | |
|---------|---|----|
| 2204-AL | Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti..... | 35 |
|---------|---|----|

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

| | | |
|----------|---|----|
| 68033-PE | Rel. Des. Federal Paulo Gadelha..... | 50 |
| 70397-PE | Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)..... | 58 |

APELAÇÃO CÍVEL

| | | |
|-----------|--|-----|
| 311122-RN | Rel. Des. Federal Edilson Nobre (Convocado)..... | 74 |
| 318061-CE | Rel. Des. Federal Francisco Wildo..... | 85 |
| 324403-RN | Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho..... | 96 |
| 325119-AL | Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira..... | 106 |
| 347780-PE | Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.. | 117 |
| 371052-CE | Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante..... | 125 |
| 378460-RN | Rel. Des. Federal Francisco Wildo..... | 135 |
| 383397-CE | Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho..... | 144 |
| 386604-PE | Rel. Des. Federal Ridalvo Costa..... | 152 |
| 391395-PE | Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira..... | 161 |
| 393786-RN | Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado)..... | 171 |

APELAÇÃO CRIMINAL

| | | |
|---------|---|-----|
| 4376-CE | Rel. Des. Federal Marcelo Navarro | 181 |
| 4610-RN | Rel. Des. Federal Ridalvo Costa..... | 221 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 4716-PE | Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli..... | 229 |
| 4739-PB | Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães..... | 241 |

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

| | | |
|----------|--|-----|
| 89534-CE | Rel. Des. Federal Manoel Erhardt (Convocado).... | 248 |
| 94632-CE | Rel. Des. Federal José Maria Lucena..... | 258 |

HABEAS CORPUS

| | | |
|---------|---|-----|
| 2570-PE | Rel. Des. Federal José Maria Lucena..... | 273 |
| 2578-PE | Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante..... | 287 |

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDÊNCIA

A

| | |
|-------------|---|
| Prev e PrCv | Abono pago aos servidores da ativa da ECT. Acordo coletivo. Natureza remuneratória. Extensão aos aposentados. Lei nº 8.529/92. Cabimento. Redução de verba honorária. Legitimidade da entidade associativa (FAACO). Ilegitimidade da União. Legitimidade exclusiva do INSS. Efeitos da decisão. Limitação à competência territorial do órgão prolator. AC 347780-PE 117 |
| Adm | Ação civil pública. Lei municipal nº 5.565/2004. Empreendimento imobiliário em área de dunas. Possibilidade. AC 393786-RN... 171 |
| Adm | Ação de improbidade. Recebimento. Contratação de serviços advocatícios. Sociedade de economia mista. Dispensa de licitação. Especialidade do serviço. Índícios da prática de atos ilícitos pelo agravante. Quebra de sigilo bancário. Constitucionalidade do art. 11 da Lei nº 9.311/96 e do art. 5º, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar nº 105/2001. AgTr 64497-CE 22 |
| Adm | Ação de indenização por danos materiais e morais. Proposta de compra e venda de imóvel sem financiamento. Venda em duplicidade do mesmo imóvel pela CEF. Negligência. Reconhecimento. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor a instituição financeira. Responsabilidade objetiva. Danos material e moral. Ocorrência. Pagamento parcial do dano material pela CEF. Abatimento. Possibilidade. AC 325119-AL 106 |

PrCv e Adm Ação em que se discute a aprovação, ou não, do agravante no Exame da OAB/PE pendente de julgamento. Despacho que indeferiu pedido de prestação de compromisso e inscrição no quadro de advogados da Ordem. Obediência aos limites objetivos do recurso de agravo. Agravo regimental que deve cingir-se à matéria suscitada na decisão agravada e aos princípios do duplo grau de jurisdição e do contraditório. AgRg em AgTr 68033-PE 50

Prev Atividade especial. Eletricista e tecelão. Conversão do tempo de serviço especial em comum. Possibilidade. Aposentadoria proporcional. Preenchimento dos requisitos necessários para a concessão antes da vigência da EC 20/98. Direito ao benefício. AC 318061-CE 85

C

Ct, Adm, Trbt, Contribuições sociais. Ação ordinária. Preliminares de inadequação da via eleita e de conexão com executivos fiscais. Rejeição. Empresarial e Condição de coobrigados nas execuções PrCv fiscais afastada. Ausência de comprovação de dolo ou culpa ou de infração à lei ou ao estatuto por parte dos dirigentes. Inscrição indevida em cadastros de restrição ao crédito. Dano moral. Existência. Indenização. Cabimento. AC 311122-RN 74

PrPen Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Movimentação de conta bancária. Não justificação pelo contribuinte. Presunção de renda. Lançamento de ofício. Constituição de crédito tributário. Impossi-

bilidade no campo penal. Ausência de conjunto probatório. Absolvição mantida. ACr 4716-PE 229

Pen e PrPen Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Consórcio imobiliário clandestino. Negócio jurídico com nomenclatura diversa. Atividade típica de consórcio. Inobservância das normas atinentes à atividade exercida. Materialidade e autoria comprovadas. Inexistência de continuidade delitiva. Redução da pena de reclusão. Preliminar de nulidade processual. Rejeição. ACr 4739-PB 241

E

Ct e Adm Ensino fundamental. Colégio de Aplicação. Conselho de classe. Adolescente portador de TDAH. Educação especial. Promoção de série. AgRg em AgTr 70397-PE 58

Pen Estelionato praticado contra o FGTS. Inocorrência de crime continuado. Redução da pena. Cumprimento da pena restritiva de direito. Competência do Juízo da Execução. ACr 4610-RN 221

H

Pen e PrPen *Habeas corpus*. Caso Avestruz Master. Litispendência. Incompetência. Exame aprofundado de provas. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Crime societário. Prisão preventiva. Revogação. HC 2570-PE 273

Pen *Habeas corpus*. Manutenção de animais silvestres em cativeiro e posse de arma de fogo de uso restrito. Prescindibilidade de

mandado judicial para adentrar domicílio onde há flagrância de delitos. *Abolitio criminis* do segundo crime. Ocorrência. Ordem concedida em parte. HC 2578-PE 287

I

| | |
|-------------|---|
| Cv | Imóvel oferecido em dação em pagamento. Negócio jurídico simulado. Procuração sem poderes especiais. Excesso do mandatário. Ausência de dívida dos mandantes. Nulidade do ato. AC 378460-RN 135 |
| Trbt | Imposto de Renda. Verba recebida por consultoria prestada ao Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento – PNDU. Incidência. Isenção do imposto limitada aos funcionários dos organismos internacionais. AgTr 69198-PE 30 |
| PrCv e Trbt | IPI. Creditamento. Compensação dos créditos antes do trânsito em julgado. CTN, art. 170-A. Aplicação ao caso. Ofensa ao dispositivo legal. Transferências dos créditos a terceiros. Afronta à IN SRF nº 41/00. Grave lesão aos cofres públicos. Atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos em face do acórdão proferido na MCTR nº 1.496. AgRg em MC (Presidência) 2204-AL 35 |
| Trbt e PrCv | IPI. Crédito presumido. Prescrição quinquenal. Não reconhecimento. Prazo prescricional idêntico ao da ação de restituição, que é de 5 (cinco) anos adicionados de mais 5 (cinco). Produto desonerado do tributo. Impossibilidade de creditamento e, conseqüentemente, de compensação. AgTr 60594-SE 13 |

M

| | |
|-------------|---|
| PrPen e Pen | <i>Mutatio libelli</i> . Inocorrência. Preliminar rejeitada. Associação criminosa com o objetivo de “alugar” contas bancárias para o recebimento e posterior repasse de valores provenientes de fraudes praticadas por terceiros contra correntistas da Caixa Econômica Federal. Lavagem de dinheiro. Crime de fraude desclassificado para o de receptação qualificada praticado na sua modalidade dolosa. Lesão a bem jurídico da União. Condenação. ACr 4376-CE 181 |
|-------------|---|

P

| | |
|-----------------|---|
| Adm | Pensão por morte. Companheira homossexual de ex-servidora pública. Inexistência de prévia designação. Ausência de previsão legal. Condição de companheira comprovada. Prova documental idônea e suficiente. Possibilidade. AC 371052-CE 125 |
| Trbt, Ct e PrCv | PIS e COFINS. Incidência sobre receitas transferidas a outras pessoas jurídicas. Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 2º, III. Norma cuja eficácia dependia de regulamentação. Revogação pela Medida Provisória nº 1.991-18/2000. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da irretroatividade. Modificação do pedido. Impossibilidade. CPC, art. 264. AMS 89534-CE 248 |
| Trbt | PIS e COFINS. Receitas provenientes de vendas destinadas à Zona Franca de Manaus. Isenção. AMS 94632-CE 258 |

| | | |
|----------|--|-----|
| Adm e Ct | PIS. Saque por motivo de doença grave não prevista expressamente na legislação infra-constitucional. Possibilidade. Direitos constitucionais à saúde e à vida. Respeito à dignidade da pessoa humana. AC 391395-PE | 161 |
|----------|--|-----|

R

| | | |
|----|--|----|
| Cv | Responsabilidade civil objetiva. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras. Saques em conta-poupança de cliente sem sua prévia autorização. Ônus da prova. Inversão. Danos materiais e morais. Ocorrência. Indenização por danos morais excessiva. Redução. AC 324403-RN | 96 |
|----|--|----|

S

| | | |
|-------------|--|-----|
| Prev e PrCv | Segurada especial. Salário-maternidade. Propositura da ação quando o filho já tinha mais de 5 anos. Nascimento compreendido entre 25/03/94 e 10/12/97. Vigência do parágrafo único do art. 71 da Lei nº 8.213/91, atualmente revogado. Previsão do prazo decadencial de 90 dias após o parto para requerimento do benefício. Sentença que acolheu a decadência. Impossibilidade. Aplicação da norma previdenciária mais benéfica. Inocorrência da prescrição quinquenal. Concessão do benefício. AC 383397-CE .. | 144 |
| Cv | Sistema Financeiro da Habitação. Cobertura pelo FCVS. Quitação do débito. Incidência da TR (Lei nº 8.177/91). Coeficiente de equivalência salarial (CES). Previsão contratual. Amortização do saldo devedor. AC 386604-PE | 152 |